تحفة الفقهاء

الطبعة الأولى
١٤٤٥هـ - ٢٠٢٤م

طبعة خاصة
طبع الكتاب على نفقة
وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية
إدارة الشؤون الإسلامية
بتمويل الإدارة العامة للأوقاف
دولة قطر
turathuna@islam.gov.qa
ص. ب ٤٢٢

قامت بالإشراف العلمي والفني والطباعي للكتاب
دار السمان
للدراسات وتحقيق التراث
تركيا - لبنان
هاتف المبيعات: 00905011035559 هاتف الإدارة: 00905050839104
E-mail: info@daralsamman.com
www.daralsamman.com
الجمهورية التركية - إسطنبول
الفاتح - امتداد شارع فوزي باشا - قرب محطة فزنيجيلار

وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية
Ministry of Endowments and Islamic Affairs
State of Qatar • دولة قطر

أوقاف
AWQAF
الإدارة العامة للأوقاف
General Directorate of Endowments

تحفة الفقهاء

تأليف الإمام
علاء الدين محمد بن أحمد بن أبي أحمد السمرقندي الحنفي
المتوفى سنة ٥٣٩هـ رحمه الله تعالى

طبعة محققة على أربع نسخ خطية نفيسة

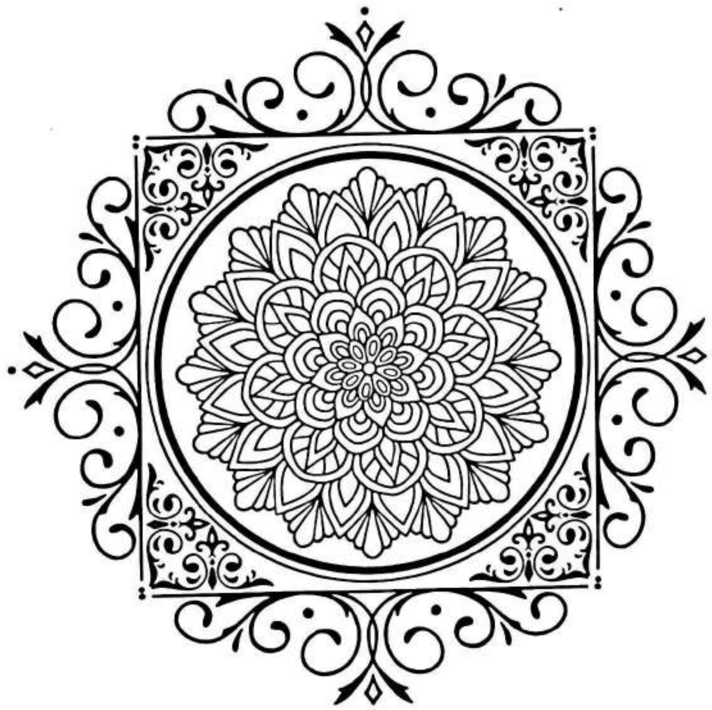
الجزء الثاني

تحقيق وتعليق وعناية
اللجنة العلمية بدار السمان

وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية
إدارة الشؤون الإسلامية
بتمويل الإدارة العامة للأوقاف
دولة قطر

بسم الله الرحمن الرحيم

كِتَابُ البُيُوعِ



كتاب البيوع

اعلمْ أنَّ البيعَ مَشروعٌ، عُرِفتْ شَرعيَّتُهُ بالكِتابِ والسُّنَّةِ وإجماعِ الأُمَّةِ.

أمَّا الكِتابُ: فقولُهُ تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وقالَ تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

وأمَّا السُّنَّةُ: فقولُهُ ﷺ: «يَا مَعْشَرَ التُّجَّارِ إنَّ بَيْعَكُمْ هَذا يَحْضُرُهُ اللَّغْوُ وَالكَذِبُ، فَشُوبُوهُ بِالصَّدَقَةِ»(١)، وكَذا بُعِثَ رَسُولُ اللهِ ﷺ والنَّاسُ يَتَبايَعُونَ، فَقَرَّرَهُمْ عَلَى ذَلكَ، والتَّقريرُ أَحَدُ وُجوهِ السُّنَّةِ.

وعَليهِ إجماعُ الأُمَّةِ واللهُ أعلمُ.

❁ ❁ ❁

(١) أخرجه أبو داود، (٣٣٢٦)، والتِّرمذيُّ (١٢٠٨)، والنَّسائيُّ (٣٨٠٠)، وابن ماجه (٢١٤٥) من حديث قيسِ بنِ أبي غَرَزَةَ ﷺ، وقال التِّرمذيُّ: «حسن صحيح».

باب السّلم

البَيعُ أربعةُ أنواعٍ:

ـ أحدُها: بيعُ الْعَينِ بِالْعَين، كبيعِ السِّلَعِ بِمِثْلها، نحو بيعِ الثَّوبِ بالعَبْدِ وغيرِهِ، وسُمِّيَ بيعَ المُقايَضةِ.

ـ والثَّاني: بيعُ الْعينِ بالدَّيْنِ، نحوُ بيعِ السِّلَعِ بالأثمانِ المُطْلَقَةِ، وبيعِها بالفُلوسِ الرَّائجةِ والمَكيلِ والمَوْزونِ والعَدَديِّ المُتقارِبِ دَيْنًا.

ـ والثَّالثُ: بيعُ الدَّيْنِ بالدَّيْنِ، وهوَ بيعُ الثَّمَنِ المُطْلقِ بالثَّمنِ المُطلقِ، وهوَ الدَّراهمُ والدَّنانيرُ، وإنَّهُ يُسمَّى عقْدَ الصَّرْفِ، يُعرفُ في كتابِهِ إنْ شاءَ اللهُ تعالى.

ـ والرَّابعُ: بيعُ الدَّيْنِ بالْعَيْنِ، وهوَ السَّلَمُ، فإنَّ المُسْلَمَ فيهِ مَبيعٌ وهُوَ دَيْنٌ، ورأسُ المالِ قدْ يكونُ عَيْنًا وقدْ يكونُ دَيْنًا[1]، ولكنَّ قبْضَهُ شرطٌ قبلَ افتِراقِ المُتعاقدَيْنِ بأنفُسِهِما فيَصيرُ عَيْنًا.

والكَلامُ في السَّلَمِ في خَمسةِ مَوَاضِعَ:

ـ في بيانِ مَشروعيَّتِهِ.

ـ وفي بيانِ تَفسيرِهِ لُغةً وشَرْعًا.

ـ وفي بيانِ رُكْنِهِ.

---

(١) يريد بالدَّين هنا الأموالَ المِثليَّةَ؛ كالدَّراهم والدَّنانير والمكيلات والموزونات والعدديَّات المتقاربة.

ـ وفي بيانِ شرائِطِهِ.

ـ وفي بيانِ حُكْمِهِ شَرْعًا.

أمَّا الأوَّلُ: فالقياسُ أنَّهُ لا يَجوزُ السَّلَمُ؛ لأنَّه بيعُ مَعدومٍ، وفي الاسْتحسانِ جائزٌ بالحديثِ بخِلافِ القياسِ، لحاجةِ النَّاسِ، وهوَ قولُهُ ﷺ: «مَنْ أَسْلَمَ مِنْكُمْ فَلْيُسْلِمْ فِي كَيْلٍ مَعْلُوْمٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ»[1]، وَرُوِيَ عَنْهُ ﷺ «أَنَّهُ نَهى عَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَ الإِنْسَانِ وَرَخَّصَ فِي السَّلَمِ»[2].

وأمَّا تفسيرُ السَّلَمِ لُغَةً: فهُوَ عقدٌ يَثبتُ بهِ المِلْكُ في الثَّمَنِ عاجلًا وفي المُثمَّنِ آجلًا، يُسمَّى سَلَمًا، ويُسمَّى إسلامًا وسَلَفًا وإسْلافًا، لِمَا فيهِ منْ تَسليمِ رأسِ المَالِ لِلحَالِ.

وفي عُرفِ الشَّرْعِ: عبارةٌ عنْ هذَا أيضًا معَ زيادةِ شرائطَ وَرَدَ بها الشَّرعُ لمْ يعرِّفْها أهلُ اللُّغةِ.

وأمَّا رُكنُهُ: فهُوَ الإيجابُ والقَبُولُ.

والإيجابُ: هوَ لفْظَةُ السَّلَمِ وَالسَّلَفِ، بأَنْ يقولَ رَبُّ السَّلَمِ لِآخَرَ: «أَسْلَمْتُ إليكَ عشَرَةَ دَراهمَ في كُرٍّ[3] حِنطةٍ»، أوْ «أسْلفتُ»، فقالَ الآخَرُ: «قبلْتُ»، ويُسمَّى هذا «رَبَّ

---

(١) أخرجه البخاريُّ (٢٢٤٠)، ومسلمٌ (١٦٠٤) من حديث ابن عبَّاسٍ رضي الله عنهما.

(٢) قال الزَّيلعيُّ: لم أجده بهذا اللفظ، ولكن رأيتُ في «شرح مسلمٍ» للقرطبيِّ ما يَدلُّ على أنه عَثَر على هذا الحديث بهذا اللفظ.

وقال العينيُّ: الظاهرُ أنَّ هذا الحديثَ مركبٌ من حديثَينِ، فَحَديثُ النَّهي عن «بَيع مَا لَيسَ عِندَ الإِنسَانِ» أخرجه أصحابُ السُّننِ الأربعة، وقال التِّرمذيُّ: حسنٌ صحيحٌ، وأما الرُّخصةُ في السَّلم فأخرجه الأئمةُ السِّتَّةُ في كتبهم، انظر «نصب الراية» (٤/ ٤٥)، «البناية» (٨/ ٣٢٩).

(٣) الكُرُّ: بالضم جمعه أكرار، مكيالٌ لأهل العراق، قَدرُهُ سِتُّونَ قَفيزًا، أو أربَعونَ أردبًا أو سَبعُمئةٍ وعِشرونَ صاعًا، وهي تُساوي عند الحنفيَّةِ (٢٤٢٠,٦٤) ليترًا = (٢٣٤٨,٢٨٠) كيلو غرامًا=

السَّلَم» ويُسمَّى «المُسْلِمَ» أيضًا، والآخرُ سُمِّيَ «المُسْلَمَ إليه»، وتُسمَّى الحِنطةُ «المُسْلَمَ فيهِ».

ولَوْ قالَ المُسلَمُ إليهِ لآخَرَ: «بِعْتُ منكَ كُرَّ حِنطةٍ بكذا»، وذكرَ شرائطَ السَّلَمِ فإنَّهُ ينعقدُ أيضًا؛ لأنَّهُ بيعٌ على ما رَوينا «أنَّ النَّبيَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَ الإِنْسَانِ وَرَخَّصَ فِي السَّلَمِ»(١).

وأمَّا شرائطُ جَوازِ السَّلَمِ فَسَبعَةَ عَشَرَ، سِتَّةٌ في رأسِ المالِ وأحَدَ عشَرَ في المُسلَمِ فيهِ.

أمَّا السِّتَّةُ التي في رأسِ المالِ:

أحدُها: بيانُ الجِنْسِ، أنَّهُ دراهمُ أوْ دنانيرُ، أو مِنَ المَكيلِ حِنطةٌ أوْ شعيرٌ، أوْ منَ المَوزونِ قِطنٌ أوْ حديدٌ ونحوُ ذلكَ.

والثَّاني: بيانُ النَّوعِ أنَّهُ دراهمُ غطْرِيفيَّةٌ أو عَدْليَّةٌ، أو دنانيرُ محموديَّةٌ أوْ هَرَوِيَّةٌ أو مَروِيَّةٌ، فهذا إذا كانَ في البلَدِ نُقودٌ مختلفةٌ، فأمَّا إذا كانَ في البلدِ نقْدٌ واحدٌ فذِكرُ الجِنْسِ كافٍ فينَصَرِفُ إليه لتَعَيُّنِهِ عُرْفًا.

والثَّالثُ: بيانُ الصِّفةِ أنَّهُ جيِّدٌ أوْ وسَطٌ أوْ رديءٌ.

والرَّابعُ: إعلامُ قدْرِ رأسِ المالِ شرطُ جوازِ السَّلَمِ فيمَا يتعلَّقُ العقدُ فيهِ بالقَدْرِ، كالمَكيلِ والمَوزونِ والعدديِّ المُتقارِبِ، وهذا قولُ أبي حنيفةَ، وهو قولُ سفيانَ الثَّوريِّ وأحدُ قولَيِ الشَّافعيِّ(٢).

= من القمح، وعند غيرهم (١٩٧٨,٥٦) ليترًا = (١٥٦٣,٨٤٠) كيلو غرامًا، انظر «معجم لغة الفقهاء» (كر).

(١) تقدم في الصفحة السابقة.

(٢) انظر: مختصر المزني (٨/ ١٨٩)، والحاوي الكبير (٥/ ٣٩٧)، وبحر المذهب للروياني (٥/ ١١٥-١١٦).

وقالَ أبو يوسُفَ ومحمَّدٌ: ليسَ بِشَرطٍ، وهوَ أحدُ قولَي الشَّافعيِّ[١].

وصورةُ المسألةِ إذا قالَ رَبُّ السَّلَم: «أسلمْتُ إليكَ هذهِ الدَّراهمَ» فأشارَ إليها، أو «هذه الدَّنانيرَ» وأشارَ إليها ولم يُعرفْ وزْنُها، وكذا إذا قالَ: «أسلمْتُ هذهِ الحِنطَةَ في كَذا»، ولمْ يُعرَفْ مِقدارُ كَيلِ[٢] رأسِ المالِ.

وعلى هذا الخِلافُ، إذا قالَ: «أسلمتُ إليكَ عشَرَةَ دراهمَ في كُرِّ حِنطةٍ وكُرِّ شَعيرٍ» ولمْ يبيِّنْ حصَّةَ كُلِّ واحدٍ منهُما مِنَ العَشَرَة.

وكذلكَ إذا أسْلَمَ عشَرَةَ دراهمَ في ثوبَيْنِ مُختَلفَيْنِ في القيمةِ.

هذا إذا أسلَمَ ما يتعلَّقُ العَقدُ فيه بالقَدْرِ، فأمَّا إذا أسلمَ ما لَا يتعلَّقُ العَقدُ فيه بالقدْرِ، كالذَّرعيَّاتِ والعدَديَّاتِ المُتفاوِتَةِ[٣] فإنَّهُ لا يُشترَطُ بيانُ الذَّرْعِ في الذَّرعيَّاتِ، ولا بيانُ القيمةِ فيها، ويَكتَفي بالإشارةِ والتَّعيينِ في قولِهم جَميعًا.

وأجمَعوا في بيعِ العَيْنِ أنَّ إعلامَ قدْرِ الثَّمنِ ليسَ بشَرطٍ إذا كانَ مُشارًا إليه، ودلائلُ المَسألةِ تُعرفُ في المبْسوطِ إنْ شاءَ اللهُ.

والخامسُ: كونُ الدَّراهمِ والدَّنانيرِ مُنتقَدَةً شَرطُ الجَوازِ عندَ أبي حنيفةَ أيضًا، مع إعلامِ القَدْرِ[٤]، وعندَهُما ليسَ بِشَرطٍ.

والسَّادسُ: تعجيلُ رأسِ المالِ وقبْضُهُ قبلَ افتراقِ العاقدَيْنِ بأنفُسِهما شَرطُ الجَوازِ عندَ عامَّةِ العُلَماءِ، سَواءٌ كانَ رأسُ المالِ عَيْنًا أوْ دَيْنًا.

---

(١) انظر: مختصر المزني (٨/ ١٨٩)، والحاوي الكبير (٥/ ٣٩٧)، وبحر المذهب للروياني (٥/ ١١٥-١١٦).

(٢) في «أ»: (كل).

(٣) في «ز»: (المتقاربة).

(٤) في «س»: (العدد)

وقالَ مالكٌ: إنْ كانَ رأسُ المالِ عينًا لا يُشترَطُ تعجيلُه(١)، وإنْ كانَ رأسُ المالِ دَيْنًا يُشترَطُ في قولٍ، وفي قولٍ قالَ: يجوزُ التَّأخيرُ يومًا أوْ يومَيْنِ(٢).

وأجمعُوا أنَّ في الصَّرفِ يُشترَطُ فيه قبضُ البَدَلَيْنِ قبلَ الافتِراقِ بأبدانِهما، سواءٌ كانَ عَيْنًا كالتِّبْرِ والمَصُوغِ، أوْ دَيْنًا كالدَّراهمِ والدَّنانيرِ.

وأمَّا الشَّرائطُ التي في المُسْلَمِ فيه فهيَ أحَدَ عَشَرَ:

الأوَّلُ: بيانُ جِنْسِ المُسلَم فيه حِنطةً أوْ شعيرًا ونحوَهُما.

والثاني: بيانُ نوعِه، حِنطةً سَقِيَّةً أو بَخْسِيَّةً(٣) سَهْلِيَّةً أوْ جبليَّةً.

والثالثُ: بيانُ الصِّفةِ، حِنطةً جيِّدةً، أوْ رديئةً، أوْ وسَطًا.

والرَّابعُ: إعلامُ قَدْرِ المُسلَم فيه، أنَّه كُرٌّ أو قَفِيزٌ بِكَيْلٍ مَعروفٍ عندَ النَّاسِ؛ لأنَّ تَرْكَ بيانِ هذه الأشياءِ يُوجبُ جَهالةً مُفْضيةً إلى المُنازعةِ، وهي مُفسِدةٌ بالإجماعِ.

والخامسُ: ألَّا يشملَ البدَلَيْنِ أحدُ وصفَيْ علَّةِ رِبَا الفضْلِ وهو القَدْرُ المُتَّفقُ أوِ الجِنسُ؛ لأنَّهُ يتضمَّنُ رِبَا النَّسَاءِ، والعقدُ الذي فيه ربًا فاسدٌ.

والسَّادسُ: أنْ يكونَ المُسْلَم فيه ممَّا يتعيَّنُ بالتَّعْيينِ، حتَّى لا يجوزُ السَّلَمُ في الدَّراهمِ والدَّنانيرِ، وأمَّا التِّبْرُ فهلْ يجوزُ فيه السَّلَمُ؟ على قياسِ روايةِ كتابِ الصَّرْفِ لا يجوزُ؛ لأنَّهُ ألْحَقَهُ بالمَضروبِ، وعلى قياسِ روايةِ كتابِ الشَّرِكةِ يجوزُ؛ لأنَّهُ ألْحَقَهُ

---

(١) انظر: التبصرة للخمي (٧/ ٢٩٦٧)، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد (٢/ ٢٠٢)، وعقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٢/ ٧٥٠-٧٥١).

(٢) انظر: الذخيرة للقرافي (٥/ ٢٢٥-٢٢٦)، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد (٢/ ٢٠٢)، وعقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٢/ ٧٥٠-٧٥١).

(٣) الحِنطة السَّقِيَّة: ما تسقى سيحًا، والحِنطة البخسية: هي الحنطة المنسوبة إلى البَخسِ، وهي الأرض التي تَسقيها السَّماءُ؛ لأنها مبخوسة الحظِّ من الماء، انظر «المغرب» (سقي، بخس).

بالعُروضِ، وهو روايةٌ عن أبي يوسُفَ أيضًا أنَّهُ كالعُروضِ.

وأمَّا السَّلَمُ في الفلوسِ(١) ذَكَرَ في «الأصْلِ»(٢) وقالَ: إنَّـهُ يجوزُ، ولمْ يَذكُرِ الاختلافَ، ويجبُ أنْ يكونَ كذلكَ على قولِ أبي حنيفةَ وأبي يوسُفَ؛ لأنَّ عندَهُما ليسَ بثَمَنٍ مُطلقٍ، بل يَحتَمِلُ التَّعيينَ في الجُملةِ(٣).

وعلى قولِ محمَّدٍ لا يجوزُ؛ لأنَّهُ ثَمَنٌ مطلقٌ على ما عُرِفَ في بيعِ الفَلْسِ بالفَلْسَيْنِ بأعيانِهما.

والسَّابعُ: **الأجَلُ في المُسْلَمِ فيهِ شرْطُ الجوازِ**، وهذا عندنا.

وقالَ الشَّافعيُّ: ليسَ بِشَرطٍ، ولَقَبُ المَسألةِ: أنَّ السَّلَمَ الحالَّ لا يجوزُ عندنا، وعندهُ يجوزُ(٤)، ثُمَّ لا روايةَ عنْ أصحابِنا في «المَبسوط»(٥) في مقدارِ الأجَلِ، واختلفتِ الرِّواياتُ عنهُمْ، والأصحُّ ما رُوِيَ عنْ محمَّدٍ أنَّهُ مُقدَّرٌ بالشَّهرِ؛ لأنَّهُ أدنى الآجلِ وأقصى العاجلِ.

والثَّامنُ: **أنْ يكونَ جنسُ المُسلَم فيه موجودًا مِنْ وقتِ العقدِ إلى وقتِ مَحِلِّ**

---

(١) الفُلوسُ جمعُ فَلْس: وهو قطعة مضروبة من النحاس يُتعامل بها، انظر «التعريفات الفقهية» (فلس).

(٢) انظر «الأصل المعروف بالمبسوط للشيباني» (٥/ ٥٧).

(٣) لأنَّ ثَمنيَّةَ الفُلوسِ ثَبَتَتْ باصطِلاحِ النَّاسِ، فإقدام العاقدَينِ على عقدِ السَّلم فيها مع عِلمِهما أنَّه لا صحَّةَ للسَّلم في الأثمان اتفاقٌ منهُما على إخراجها عن صِفةِ الثَّمَنيَّة، فتَبطُلُ في حقِّ العاقِدَين سابقًا على العَقدِ وتَصيرُ سلفًا عدديَّةً فيصحُّ السَّلَم فيها، انظر «بدائع الصنائع» (٥/ ٢٠٨).

(٤) انظر: الحاوي الكبير (٥/ ٤٠٢)، والمهذب في فقه الإمام الشافعي للشيرازي (٢/ ٧٢)، والبيان في مذهب الإمام الشافعي (٥/ ٣٩٦).

(٥) انظر «المبسوط للسرخسي» (١٢/ ١٥٧).

الأجلِ، ولا يُتوهَّمُ انقطاعُهُ عن أيدي النَّاسِ كالحُبوبِ، فأمَّا إذا كانَ مُنقطِعًا وقتَ العقدِ أوْ وقتَ حلولِ الأجلِ أوْ فيمَا بينَ ذلك فإنَّهُ لا يجوزُ عندنا.

وقالَ الشَّافعيُّ: إنْ كانَ موجودًا وقتَ مَحِلِّ الأجلِ يجوزُ وإنْ كانَ مُنقطعًا في غيرِهِ منَ الأحوالِ[١].

ولَقَبُ المسألةِ: أنَّ السَّلَمَ في المُنقطِعِ هلْ يجوزُ أمْ لا؟ وهيَ مسألةٌ معروفةٌ.

وكذلكَ المُسلَمُ فيهِ إذا كانَ منسوبًا إلى موضعٍ معلومٍ يُحتملُ انقطاعُهُ عليهِ بالآفةِ كَحِنطَةِ قَرْيَةِ كذا، أو أرضِ كذا لا يجوزُ؛ لأنَّهُ يُحتَمَلُ الانقطاعُ بالآفةِ.

وذكرَ في «الأصل»[٢]: إذا أسلَمَ في كُرٍّ مِنْ حِنطةِ هَرَاةَ لا يجوزُ، وقاسَ عليه بعضُ مشايخِنا أنَّهُ لوْ أسلَمَ في حنطةِ سَمَرقَندَ وبُخارى لا يجوزُ، وإنَّما يجوزُ إذا ذَكَرَ الولايةَ نحوَ خُراسانَ وفَرغانَةَ، والصَّحيحُ أنَّ في حِنطةِ البلدةِ الكَبيرةِ يجوزُ؛ لأنَّها لا تَحتَمِلُ الانقطاعَ، وما ذكرَ محمَّدٌ في «الأصل» مِنْ حنطةِ هَراةَ أرادَ بِهِ اسمَ قريةٍ مِنْ قُرى عراقٍ دُونَ البلدةِ المعروفةِ التي تُسمَّى هَراةَ.

والتَّاسعُ: أنْ يكونَ العقدُ باتًّا، ليسَ فيه خيارُ الشَّرطِ لهُما أوْ لأحدِهِما، حتَّى لوْ أسلمَ عشَرَةَ دراهمَ في كُرِّ حنطةٍ على أنَّهُ بالخِيارِ ثلاثةَ أيّامٍ، وقبضَ المُسلَمُ إليهِ رأسَ المالِ وتفرَّقا بأبدانِهما يبطُلُ عقدُ السَّلَمِ؛ لأنَّ اشتِراطَ الخيارِ في البيعِ ثبتَ بخِلافِ القياسِ لحاجةِ النَّاسِ، ولا حاجةَ إليهِ في السَّلَمِ.

ولو أبطلا الخيارَ قبلَ التَّفرُّقِ ورأسُ المالِ قائمٌ في يدِ المُسلَمِ إليهِ ينقلبُ جائزًا عندَنا، خِلافًا لزُفرَ.

---

(١) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب (٦/ ٨)، وبحر المذهب للروياني (٥/ ١١١).

(٢) انظر «الأصل المعروف بالمبسوط للشيباني» (٥/ ٥٠).

ولوْ كانَ رأسُ المالِ هالكًا لا ينقَلِبُ إلى الجَوازِ بالإجماعِ.

وخِيارُ الرُّؤيةِ في رأسِ المالِ، وخِيارُ العَيْبِ لا يُفسِدُ السَّلَمَ؛ لأنَّهُ لا يَمنَعُ ثبوتَ المِلكِ.

والعاشرُ: **بيانُ مكانِ الإيفاءِ فيمَا لهُ حَمْلٌ ومُؤْنةٌ**، كالحنطةِ والشَّعيرِ وغيرِهِما شَرْطٌ لجوازِ السَّلَمِ، حتَّى لو تُرِكَ لا يجوزُ السَّلَمُ في قول أبي حنيفةَ الآخِرِ، وكذلكَ الخلافُ في الإجارةِ إذا أجَّرَ دارَهُ سَنَةً بأُجرةٍ لها حَمْلٌ ومؤنةٌ، ولم يعيِّنْ مكانَ الإيفاءِ لمْ تَجُزِ الإجارةُ في قولِ أبي حنيفةَ الآخِرِ.

وعلى قولِهِما يَجوزُ.

وحاصلُ الخِلافِ راجعٌ إلى أنَّ مكانَ العقدِ هلْ يتعيَّنُ مكانًا للإيفاءِ فيما لَهُ حَملٌ ومُؤنةٌ؟ معَ اتِّفاقهِمْ على أنَّ مكانَ الإيفاءِ إذا كانَ مَجهولًا لا يجوزُ السَّلَمُ؛ لأنَّهُ جَهالةٌ مُفضيةٌ إلى المُنازعةِ، فإذا لمْ يتعيَّنْ مكانُ العقدِ مكانًا للإيفاءِ عندَ أبي حنيفةَ، ولمْ يعيِّنا مكانًا آخرَ للإيفاءِ صارَ مكانُ الإيفاءِ مجهولًا فيَفْسُدُ السَّلَمُ.

وعندهُما يتعيَّنُ مكانُ العقدِ مكانًا للإيفاءِ فلا يؤدِّي إلى الجَهالةِ فيَصِحُّ السَّلَمُ، وفي الإجارةِ عندَهُما يتعيَّنُ[1] مكانُ إيفاءِ المعقودِ عليهِ مكانًا لإيفاءِ الأُجرةِ؛ فإنْ كانَ المُستأجَرُ دارًا أوْ أرضًا، فيسلِّمُ عندَ الدَّارِ والأرضِ، وإنْ كانتْ دابَّةً فعندَ المرحلةِ، وإنْ كانَ ثوبًا دُفعَ إلى القَصَّارِ ونحوِهِ يدفعُهُ في الموضعِ الذي سُلِّمَ إليهِ الثَّوبُ فيه، وإنَّما يتعيَّنُ مكانُ العقدِ مكانَ التَّسليمِ عندهُما إذا أمكنَ التَّسليمُ في مكانِ العقدِ، فأمَّا إذا لمْ يمكنْ بأنْ كانَ في البحرِ أوْ على رأسِ الجبلِ فإنَّهُ لا يتعيَّنُ مكانُ العقدِ للتَّسليمِ، ولكنْ يسلِّمُ في أقربِ الأماكنِ الذي يمكنُ التَّسليمُ فيهِ منْ مكانِ العقدِ.

(١) في «ز»: (يتعين بتعيُّن)

فأمَّا المُسلَمُ فيه إذا كانَ شيئًا ليسَ لهُ حَمْلٌ ومُؤنةٌ، كالمِسكِ والكافورِ والجَواهرِ واللآلئِ ونحوِها فعَنْ أصحابِنا روايتانِ:

- في روايةٍ يتعيَّنُ مكانُ العقدِ.
- وفي روايةٍ يُسلِّمُ حيثُما لَقِيَهُ، ولا يتعيَّنُ مكانُ العقدِ[١].

ولوْ شرَطا مكانًا آخرَ للإيفاءِ سِوى مكانِ العقدِ:

- إنْ كانَ فيمَا لهُ حَمْلٌ ومُؤْنةٌ يتعيَّنُ.
- وإنْ كانَ فيما ليسَ له حَملٌ ومؤنةٌ فيه روايتانِ:

❁ في روايةٍ لا يتعيَّنُ، ولهُ أنْ يوفِّيَهُ في أيِّ مكانٍ شاءَ.

❁ وفي روايةٍ يتعيَّنُ، وهوَ الأصحُّ.

والحادي عشَرَ: أنْ يكونَ المُسلَمُ فيه ممَّا يُضبَطُ بالوصفِ[٢] وهُوَ أنْ يكونَ منَ الأجناسِ الأربعةِ: المَكيلِ والمَوزونِ والذَّرعيِّ والعَدَديِّ المُتقاربِ، فأمَّا إذا كانَ ممَّا لا يُضبطُ بالوَصفِ كالعدديَّاتِ المُتفاوتةِ والذَّرعيَّاتِ المُتفاوتةِ مثلِ الدُّورِ والعَقارِ واللّآلئِ والجَواهرِ والأَدَمِ[٣] والجُلودِ والخَشَبِ والرُّؤوسِ والأكارعِ والرُّمَّانِ والسَّفرجلِ والبَطاطيخِ ونحوِها فلا يجوزُ؛ لأنَّ المُسْلَم فيه ما[٤] يثبتُ دَيْنًا في الذِّمَّةِ، وسِوى هذهِ الأجناسِ الأربعةِ لا يثبتُ دَيْنًا في الذِّمَّةِ في عقودِ المُعاوضاتِ، إلَّا إذا كانَ شيئًا منْ جنسِ الجُلودِ والأَدَمِ والخَشَبِ والجُذوعِ، إذا بيَّنَ شيئًا مَعلومًا وطُولًا

---

(١) الأصح أنه يوفِّيه في أيِّ مكانٍ شاءَ، انظر «حاشية ابن عابدين» (٥/ ٢١٦).

(٢) زاد بعدها في «س»: (ويكون التفاوت متقاربًا).

(٣) الأدَم جمع أديم وهو الجلد أيا كان، وقيل: هو المدبوغ، وقيل: الجلد الأحمر، انظر «لسان العرب» (أدم).

(٤) في «ز»: (لا)

مَعلومًا وغِلَظًا[(١)] مَعلومًا وأتى بجَميعِ شَرائطِ السَّلَمِ والْتَحَقَ بالمُتقارِبِ يَجوزُ.

وكذا السَّلَمُ في الجَوالقِ والمُسوحِ[(٢)] والفُرُشِ[(٣)].

وأمَّا السَّلَمُ في الحيوانِ فَجَائزٌ عندَ الشَّافعيِّ إذا بيَّنَ جنسَهُ ونوعَهُ وسِنَّهُ وصفتَهُ، وأنَّهُ مِنْ نُجارِ[(٤)] فلانٍ أوْ غنمِ فلانٍ أوْ إبلِ فلانٍ[(٥)].

وعندَنا لا يَجوزُ كيفَما كانَ.

ويجوزُ السَّلَمُ في الأَلياتِ والشُّحومِ وَزنًا بلا خِلافٍ.

وأمَّا السَّلَمُ في اللحمِ معَ العظْمِ الذي فيهِ لا يجوزُ عندَ أبي حنيفةَ أصْلًا.

وقالَ أبو يوسفَ ومحمَّدٌ والشَّافعيُّ:

- يجوزُ إذا بيَّنَ جنسَ اللحمِ بأنْ قالَ: «لحمُ شاةٍ» أوْ «بقرةٍ».

- وبيَّنَ السِّنَّ بأنْ قالَ: «لحمُ شاةٍ ثنيٍّ» أوْ «جَذْعةٍ».

- وبيَّنَ النَّوعَ بأنْ قالَ: «لحمُ شاةٍ ذكَرٍ» أوْ «أنثى» أوْ «خصيٍّ» أوْ «فحْلٍ»، «معلوفةٍ» أوْ «سائمةٍ».

- وبيَّنَ صفةَ اللحمِ بأنْ قالَ: «سمينٌ» أوْ «مهزولٌ» أوْ «وسَطٌ».

---

(١) في «أ»: (وعرضًا).

(٢) وفي «ز»: (والمسوح). والمساتق: جمع مُستُقَة، فَروٌ طوِيلُ الكُمَّينِ، فارسي معرب، انظر «تاج العروس» (مستق).

(٣) في «أ» و«س»: (الفراء)

(٤) النُّجَار: الأصل والحسب، انظر «لسان العرب» (نجر).

(٥) انظر: الأم للشافعي (٣/ ٨٢)، والحاوي الكبير (٥/ ٣٩٩)، ونهاية المطلب في دراية المذهب (٦/ ٢٠).

ـ وبيَّنَ المَوضِعَ بأنْ قالَ: «مِنَ الكَتِفِ» أوْ «مِنَ الجَنبِ».

ـ وبيَّنَ المِقدارَ بأنْ قالَ: «عشَرةُ أَمْناءٍ»(١).

فإذا كانَ منزوعَ العظْمِ اختلفَ المَشايخُ على قولِ أبي حنيفةَ، ذكرَ الكرخيُّ وقالَ: يَجوزُ، وذكرَ الجصَّاصُ وقالَ: لا يجوزُ لاختلافِ السِّمَنِ والهُزالِ(٢).

فأمَّا السَّلَمُ في السَّمكِ فقدِ اضطربتْ عبارةُ الرِّواياتِ عنْ أصحابِنا في «الأصلِ»(٣) و«النَّوادرِ»، والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ أنَّ السَّلَمَ يجوزُ في السَّمكِ الصِّغارِ كَيلًا أوْ وَزنًا، ويَستوي فيه المالحُ والطَّريُّ في حِينِهِ.

وأمَّا الكِبارُ ففيهِ روايتانِ عنْ أبي حنيفةَ: في ظاهرِ الرِّوايةِ يَجوزُ كيفَما كانَ وَزنًا، وفي روايةِ أبي يوسفَ في «الأمالي» عنهُ أنَّهُ لا يَجوزُ، وعلى قَولِ أبي يوسفَ ومحمَّدٍ يَجوزُ في ظاهرِ الرِّوايةِ كمَا في اللحمِ، وفي روايةٍ أُخرى عنهُما لا يَجوزُ، بخِلافِ اللحمِ.

وأمَّا السَّلَمُ في الثِّيابِ إذا بيَّنَ جنسَهُ ونَوعَهُ وصِفتَهُ ورُقعتَهُ وذَرْعَهُ يجوزُ استِحسانًا، والقياسُ ألَّا يجوزَ.

وهلْ يُشترطُ بيانُ الوزنِ في الثَّوبِ الحريرِ؟ اختلفَ المشايخُ فيهِ:

ـ قالَ بعضُهُم: شَرطٌ.

ـ وقالَ بعضُهم: ليسَ بِشَرطٍ؛ لأنَّ الحريرَ ذَرْعيٌّ كالكُتَّانِ والكِرباسِ.

---

(١) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب (٦/ ٤٣-٤٤)، والتهذيب في فقه الإمام الشافعي (٣/ ٥٧٨)، والغاية في اختصار النهاية (٣/ ٣٧٢)، وروضة الطالبين وعمدة المفتين (٤/ ٢٠-٢١).

(٢) الفتوى في هذه المسألة على قول الصاحبَين، وهو جواز السَّلَمِ في اللحم مَنزوعِ العَظمِ إذا بيَّن وَصفَه ومَوضِعَه؛ لأنَّه مَوزونٌ مَعلومٌ، انظر «حاشية ابن عابدين» (٥/ ٢١٢).

(٣) انظر «الأصل المعروف بالمبسوط للشيباني» (٥/ ٨).

وعلى هذا السَّلَمُ في الأعدادِ المُتقاربةِ مثلِ الجَوزِ والبَيضِ ونحوِهما:

ـ جائزٌ كيلًا وَعددًا وَوزْنًا في قولِ عُلمائِنا الثَّلاثةِ.

ـ وقالَ زُفرُ: يجوزُ كيلًا وَوَزنًا، ولا يجوزُ عدَدًا.

ـ وقالَ الشَّافعيُّ: يجوزُ كيلًا وَوَزنًا في الجَوزِ واللوزِ، ولا يجوزُ عدَدًا، وفي البَيضِ يجوزُ كيلًا وَوزنًا وعددًا[1].

ولو أسْلَمَ في الفُلوسِ عددًا عندَنا يجوزُ في ظاهرِ الرِّوايةِ، وعنْ محمَّدٍ أنَّهُ لا يجوزُ؛ لأنَّها مِنْ جُملةِ الأثمانِ.

ولَوْ أسلَمَ في التِّبنِ أوْقارًا لا يجوزُ، لِتفاوُتٍ فاحشٍ بين الوِقْرينِ[2]، إلاَّ إذا كانَ في قيمانٍ[3] مَعلومٍ مِنْ قَيامينِ النَّاسِ لمْ يختلفْ فيجوزُ.

ولَوْ أسلَمَ في الخُبزِ هلْ يجوزُ؟ لم يَذكُرْ محمَّدٌ في ظاهرِ الرِّوايةِ، وذكَرَ في «نوادر ابنِ رُستمٍ» على قولِ أبي حنيفةَ ومحمَّدٍ لا يجوزُ، وعلى قولِ أبي يوسفَ يَجوزُ إذا شَرَطَ ضَرْبًا مَعلومًا وأجَلًا معلومًا وَوزْنًا مَعلومًا.

---

(١) قال الروياني: لا يجوز السلم في البطيخ والقثاء والرابخ والرمان والسفرجل والبيض ونحو ذلك عدداً، لأنها تتباين في الصغر والكبير ولا يجوز كيلاً، لأنها تتجافى في المكيال فلا تضبط، ويجوز السلم فيها وزناً.

انظر: بحر المذهب للروياني (٥/ ١٦٨)، والتهذيب في فقه الإمام الشافعي (٣/ ٥٨٢)، والبيان في مذهب الإمام الشافعي (٥/ ٤١٠).

(٢) الوِقر: الثِّقْلُ يُحْمَلُ عَلى ظَهْرٍ أو عَلى رأس، يُقالُ: جاءَ يَحْمِلُ وِقْرَه، وقِيلَ: الوِقْرُ الحِمْل الثَّقِيلُ، وعَمَّ بَعْضُهُمْ بِهِ الثَّقِيلَ والخَفِيفَ وما بينهما، وجَمْعُهُ أوقارٌ، انظر «لسان العرب» (وقر).

(٣) لم نجدها في المراجع، ولعلها مكيالٌ أو مقدارٌ محددٌ كان لديهم، والله أعلم.

وأمَّا استِقراضُ الخُبزِ هلَ يجوزُ؟

ـ على قولِ أبي حنيفةَ لا يَجوزُ، لا وَزنًا وَلا عَدَدًا كالسَّلَمِ.

ـ وأبو يوسفَ جوَّزَ القَرضَ فيهِ وزنًا لا عددًا كالسَّلَمِ.

ـ ومحمَّدٌ لمْ يُجوِّزِ السَّلَمَ فيه لا وزنًا ولا عدَدًا، وجوَّزَ استقراضَ الخُبزِ عددًا لا وزنًا لِحاجةِ النَّاسِ، فكأنَّهُ تَرَكَ القياسَ في جوازِ استِقراضِهِ عددًا لعُرفِ النَّاسِ، وإنْ لمْ يكنْ مِنْ ذواتِ الأمثالِ(١).

وأمَّا بيانُ حكمِ السَّلَمِ شرعًا: فهو ثُبوتُ المِلكِ لربِّ السَّلَمِ في المُسْلَمِ فيهِ مؤجَّلًا بمُقابلةِ ثبوتِ المِلكِ في رأسِ المالِ المُعيَّنِ أوِ المَوصوفِ مُعجَّلًا للمُسْلَم إليهِ بِطَريقِ الرُّخصةِ دفعًا لِحاجةِ النَّاسِ إليهِ بشرائطَ مخصوصةٍ لمْ تكنْ مشروطةً في بيعِ العَيْنِ، فلا بُدَّ أنْ يختلفَ البيعُ والسَّلَمُ في بعضِ الأحكامِ، ونذكرُ بعضَ ذلكَ.

منها: أنَّ الاستبدالَ برأسِ مالِ السَّلَمِ قبلَ القبضِ لا يجوزُ، والاستبدالَ بالثَّمنِ جائزٌ إذا كانَ دَيْنًا؛ لأنَّ قبضَ رأسِ المالِ شرطٌ، وبالاستبدالِ يفوتُ القبضُ حقيقةً، وإنْ وُجدَ مِنْ حيثُ المعنى.

كمَا لا يجوزُ الاستبدالُ ببدلَيِ الصَّرفِ؛ لأنَّ قبضَهما شَرطٌ حقيقةً، فأمَّا قبضُ الثَّمنِ فليسَ بشَرطٍ، وإنَّما الشَّرطُ سلامةُ الثَّمنِ، والبدَلُ يقومُ مقامَهُ معنًى.

وأمَّا الاستبدالُ بالمُسلَم فيهِ فلا يجوزُ قبلَ القبضِ، كالاستبدالِ بالمَبيعِ العَينِ؛ لأنَّ المُسلَمَ فيه مبيعٌ، وإنْ كانَ دَينًا فيكونُ بيعُ المبيعِ المنقولِ قبلَ القبضِ، وإنَّهُ لا يجوزُ بخلافِ سائرِ الدُّيونِ.

---

(١) الفتوى على قول محمد في استقراض الخبز، انظر «حاشية ابن عابدين» (٥/ ١٦٢).

وأمَّا الاستبدالُ برأسِ المالِ بعدَ الإقالةِ أو بعدَ انفِساخِ السَّلَمِ بأيِّ طَريقٍ كانَ لا يَجوزُ في قولِ عُلمائِنا الثَّلاثةِ استِحسانًا، والقياسُ أنْ يجوزَ وهو قولُ زُفَرَ، سواءٌ كانَ رأسُ المالِ عَينًا أو دَينًا.

وأجمعُوا على أنَّ الاستبدالَ بِبَدَلَي الصَّرفِ بعدَ الإقالةِ قبلَ القَبضِ جائزٌ.

وأجمعُوا أنَّ قبضَ رأسِ المالِ بعدَ الإقالةِ في بابِ السَّلَمِ في مجلسِ الإقالةِ ليسَ بشَرطٍ لصحَّةِ الإقالةِ، وفي الصَّرفِ شَرطٌ لصحَّةِ الإقالةِ.

وأجمعُوا على أنَّ السَّلَمَ إذا كان فاسدًا في الأصلِ فلا بأسَ بالاستِبدالِ فيهِ قبلَ القَبضِ، ولا يكونُ له حكمُ السَّلَمِ كَسائرِ الدُّيونِ.

ومنها: أنَّ ربَّ السَّلَمِ لو أخذَ بعضَ رأسِ المالِ وبعضَ المُسلَمِ فيه بعدَ محلِّ الأجَلِ أوْ قبلَهُ بِرِضا صاحبِهِ فإنَّهُ يجوزُ ويكونُ إقالةً للسَّلَمِ فيما أخذَ مِنْ رأسِ المالِ، ويَبقى السَّلَمُ في الباقي، وهذا قولُ عامَّةِ العُلماءِ.

وقال مالكٌ وابنُ أبي ليلى: ليسَ لهُ ذلكَ، إمَّا أنْ يأخذَ جميعَ رأسِ المالِ، أوْ يأخذَ جميعَ المُسلَم فيه[١].

وفي بيعِ العَينِ إذا أقالَ البيعَ في البعضِ دونَ البعضِ جازَ بالإجماعِ.

وأجمعُوا أنَّهُ لَو أخذَ جميعَ رأسِ المالِ بِرِضا صاحبِهِ، أوْ أقالَ جميعَ السَّلَمِ أو تصالَحا على رأسِ المالِ فإنَّهُ يكونُ إقالةً صحيحةً، وينفَسِخُ السَّلَمُ.

ولَو أخذَ بعضَ رأسِ المالِ قبلَ محِلِّ الأجلِ ليعجِّلَ باقيَ السَّلَمِ فإنَّهُ لا يجوزُ، كذا ذَكَرَ في «الكِتاب»، ومعناهُ أنْ لا يجوزُ هذا الشَّرطُ، وتصحُّ الإقالةُ؛ لأنَّهُ يصيرُ في معنى

---

(١) انظر: التفريع في فقه الإمام مالك بن أنس (٢/ ٨٦)، والإشراف على نكت مسائل الخلاف (٢/ ٥٧٠)، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد (٣/ ٢٢٢).

الاعتياضِ عنِ الأجَلِ، فيكونُ شَرطًا فاسدًا، إلَّا أنَّ الإقالةَ لا تبطُلُ بالشُّروطِ الفاسدةِ، وهذا على قياسِ قولِ أبي حنيفةَ ومحمَّدٍ.

أمَّا على قياسِ قولِ أبي يوسفَ فتبطُلُ الإقالةُ والسَّلَمُ كُلُّه باقٍ إلى أجَلِهِ؛ لأنَّ الإقالةَ عندَه بيعٌ جديدٌ، والبيعُ يبطلُ بالشُّروطِ الفاسدةِ.

ومنها: أنَّ المُسْلَمَ إليهِ إذا أبْرأَ ربَّ السَّلَمِ عنْ رأسِ المالِ لا يصحُّ دونَ قَبولِ ربِّ السَّلَمِ، وإذا قَبِلَ صحَّ الإبراءُ، ويبطلُ السَّلَمُ؛ لأنَّهُ فاتَ قبضُ رأسِ المالِ؛ لأنَّه لا يُتصوَّرُ قبضُه بعدَ صحَّةِ الإبراءِ، ولو ردَّهُ أوْ لمْ يقبَلْهُ بقيَ عقدُ السَّلَمِ صحيحًا، فَلَهُ أنْ يُسلِّمَ رأسَ المالِ قبلَ الافتِراقِ حتَّى لا يَفسدَ، ولو أبرأَ عنْ ثمنِ المبيعِ صحَّ منْ غيرِ قبولٍ، إلَّا أنَّهُ يرتدُّ بالرَّدِّ.

والفرقُ أنَّ قبضَ رأسِ المالِ في المجلسِ شَرطُ صحَّةِ عقدِ السَّلَمِ، لو صحَّ الإبراءُ مِنْ غيرِ قَبولِ الآخرِ لانْفسَخَ السَّلَمُ مِنْ غيرِ رضا صاحبِهِ، وهذا لا يجوزُ، وكذلكَ إذا قَبِلَ؛ لأنَّهُ لو صحَّ لبَطَلَ السَّلَمُ؛ لأنَّ قبضَ رأسِ المالِ شَرطُ صحةِ حقًّا للشَّرع[1]، بخِلافِ الثَّمَنِ؛ لأنَّ قبضَهُ ليسَ بشَرطٍ.

ولو أبرأَ عنِ المُسْلَمِ فيهِ جازَ؛ لأنَّ قَبْضَهُ ليسَ بِشَرطٍ، والإبراءُ عَنْ دَيْنٍ لا يجبُ قبضُهُ شرعًا إسقاطٌ لحقِّهِ لا غيرَ، فيملِكُ ذلكَ.

ولو أبرأَ عنْ مبيعِ العَيْنِ[2] لا يصحُّ؛ لأنَّ الإبراءَ عنِ الأعيانِ لا يصحُّ.

ومنها: أنَّ الحوالةَ برأسِ مالِ السَّلَمِ، والكفالةَ والرَّهنَ به وبالمُسلَم فيه أيضًا جائزٌ عندنا، وعندَ زُفَرَ يَجوزُ بالمُسلَم فيه ولا يَجوزُ برأسِ المالِ، وعنِ الحَسَنِ البَصريِّ أنَّهُ

(١) سقط في «أ» و«س»: (وكذلك إذا قَبِلَ؛ لأنَّه لو صَحَّ لَبَطَلَ السَّلَمُ؛ لأنَّ قبضَ رأسِ المالِ شَرطُ صِحَّةٍ حقًّا للشَّرعِ)

(٢) سقط من «ز» و«س»: (العين).

لا يَجوزُ ذلك كلُّهُ، لا برأسِ المالِ ولا بالمُسلَمِ فيه.

وعلى هذا الخِلافُ الحَوالةُ والكَفالةُ والرَّهنُ بأحَدِ بَدَلَيِ الصَّرفِ.

ثُمَّ متى جازَ ذلكَ عندنا يجبُ أنْ يقبِضَ المُسلَمُ إليهِ رأسَ المالِ مِنَ الحَويلِ[1] والكَفيلِ أو مِنْ ربِّ السَّلَمِ أو يَهلِكَ الرَّهنُ قبلَ أنْ يفترِقا عنِ المَجلِسِ، وقيمةُ الرَّهنِ مثلُ رأسِ المالِ أو أكثرُ حتَّى يَحصُلَ الافتِراقُ عنْ قبضِ رأسِ المالِ[2]، فيجوزُ ولا يَبطُلُ العَقدُ.

وأمَّا إذا تفرَّقَ ربُّ السَّلَمِ والمُسلَمُ إليهِ قبلَ القَبضِ يبطلُ السَّلَمُ، وإنْ بقيَ الحَويلُ والكَفيلُ معَ ربِّ السَّلَمِ[3]، ولو ذهبَ الحَويلُ والكَفيلُ وبقيَ المُسلَمُ إليهِ معَ ربِّ السَّلَمِ لا يبطُلُ السَّلَمُ والعبرةُ لبقاءِ العاقدَيْنِ وافتِراقِهما.

وكذلكَ في بابِ الصَّرفِ العبرةُ لِبقاءِ العاقدَيْنِ، وكذا في الرَّهنِ إذا لمْ يَهلِكْ حتَّى تفرَّقا يَبطُلُ السَّلَمُ لانعِدامِ قَبضِ رأسِ المالِ.

وهذا في جانبِ رأسِ المالِ.

وأمَّا في جانبِ المُسلَمِ فيهِ فالمُحيلُ يبرأُ بنَفْسِ عَقدِ الحَوالَةِ، ويبقى تَسليمُ المُسلَمِ فيهِ واجبًا على المُحتالِ عليهِ إذا حلَّ الأجَلُ، فإذا حلَّ الأجلُ يُطالِبُ ربُّ السَّلَمِ المُحتالَ علَيه، ولا سبيلَ له على المُحيلِ.

وفي الكَفالةِ ربُّ السَّلَمِ بالخِيارِ إنْ شاءَ طالَبَ الأصيلَ وإنْ شاءَ طالَبَ الكَفيلَ، وله أنْ يَحبِسَ الرَّهنَ حتَّى يأخذَ المُسلَمَ فيهِ.

---

(١) الحَويل: هو الذي أحيل إليه الدين، انظر «حاشية ابن عابدين» (٥/ ٣٤٠).

(٢) لأنَّ هَلاكَ المَرهونِ في يَدِ المُرتَهِنِ مَضمونٌ علَيه فكانَ كالقَبضِ، انظر «بدائع الصنائع» (٥/ ٢٠٤).

(٣) في «أ»: (مع المسلم إليه).

ومنها: أنَّ المُسلَمَ إليهِ إذا قالَ بعدَ قَبضِ رأسِ المالِ: «إنَّه زُيوفٌ» أو «مُستَحقٌّ» أو «سَتُّوقةٌ» أو «مَعيبٌ»، فلا يخلو إمَّا أنْ صدَّقَهُ ربُّ السَّلَمِ أو كذَّبهُ:

فأمَّا إذا صدَّقهُ فلهُ حقُّ الرَّدِّ، ثُمَّ لا يخلو إمَّا أنْ كانَ رأسُ المالِ عَينًا أوْ دَينًا:

فإنْ كانَ عَينًا فاستُحِقَّ في المجلسِ أو رُدَّ بالعَيبِ[1] بعدَ الافتراقِ، ولمْ يُجِزِ المُستَحِقُّ ولمْ يرضَ المُسلَمُ إليه بالعَيبِ، فإنَّهُ يبطُلُ السَّلَمُ؛ لأنَّ العَقدَ وَقَعَ على العَينِ، وإذا لم يُجِزْ فقدْ فاتَ البَدَلُ فصارَ كما لَوْ هلَكَ المبيعُ قبلَ القبضِ، ولو أجازَ المستحِقُّ أو رَضيَ المُسلَمُ إليه بالعَيبِ جازَ؛ لأنَّهُ سَلِمَ له البَدَلُ من الأصلِ.

فأمَّا إذا كانَ رأسُ المالِ دَينًا فقبضَهُ فوَجدَهُ سَتُّوقةً أوْ رَصاصًا أوْ مُستحقًّا أو زُيُوفًا أو نَبَهْرَجةً فلا يخلو إمَّا أنْ يوجدَ ذلكَ في مجلسِ السَّلَمِ أو بعدَ الافتِراقِ، ولا يخلو إمَّا أنْ تجوَّزَ بذلكَ المُسلَمُ إليه أوْ لمْ يتجوَّزْ:

أمَّا إذا وَجَدَ سَتُّوقةً أوْ رَصاصًا في المَجلسِ فتجوَّزَ بهِ لم يَجُزْ؛ لأنَّ هذا ليسَ مِنْ جِنْسِ حقِّهِ، فيكونُ استِبدالًا برأسِ المالِ قبلَ القَبضِ فصارَ كما لِو استَبدلَ ثوبًا مِنْ ربِّ السَّلَمِ مكانَ الدَّراهمِ.

فأمَّا إذا ردَّهُ وقبضَ شيئًا آخرَ مكانَهُ جازَ؛ لأنَّهُ لمَّا ردَّهُ وانتقضَ قبضُهُ جُعِلَ كأنْ لمْ يكنْ، وأخَّرَ القبضَ إلى آخرِ المَجلسِ كانَ ذلكَ جائزًا فكذا هذا.

فأمَّا إذا وَجدَ ذلك مُستحَقًّا فإنَّ صحَّةَ القَبْضِ موقوفةٌ على إجازةِ المُستحِقِّ، إنْ أجازَهُ جازَ، وإنْ لمْ يُجِزْ بَطلَ.

فأمَّا إذا وجدَ زُيُوفًا أو نَبَهْرَجَةً إنْ تَجوَّزْ بهِ جازَ؛ لأنَّها مِنْ جِنْسِ حقِّهِ، فيَصيرُ

---

(١) زاد في «أ» و«س»: (أو).

مُستوفيًا معَ النُّقصانِ، وإنْ ردَّهُ واستبدلَ مكانَه[1] في مجلسِ العَقدِ جازَ؛ لأنَّهُ وُجِدَ مثلُه في المَجلسِ كأنَّ القَبْضَ صارَ متأخِّرًا.

هذا الذي ذكرْنا إذا كانَ ذلكَ في مجلسِ السَّلَمِ.

فأمَّا إذا تفرَّقا فإنْ وجدَ شيئًا مِنْ رأسِ المالِ سَتُّوقةً أوْ رَصاصًا بَطَلَ السَّلَمُ بقدْرِهِ، قلَّ أو كَثُرَ، كيفَما كانَ؛ لأنَّها ليسَتْ مِن جِنْسِ حقِّ المُسلَمِ إليه، فظهرَ أنَّ الافتِراقَ حَصَلَ مِنْ غَيرِ قَبْضِ رأسِ المالِ بِقَدْرِ السَّتُّوقةِ، فيبطُلُ بقدْرِه فلا يعودُ جائزًا بالقَبْضِ بعدَ المَجلسِ، كمَا لوْ لمْ يقبِض أصلًا ثُمَّ قَبضَ بعدَ الافتِراقِ.

وإنْ وجدَ ذلكَ مستحِقًّا إنْ أجازَ المستحِقُّ جازَ؛ لأنَّ القَبضَ مَوقوفٌ على إجازتِهِ إذا كانَ رأسُ المالِ قائمًا، نصَّ على ذلك في «الجامع الكبير»، وإنْ ردَّ بطلَ السَّلَمُ بقَدْرِهِ، لِمَا ذكرْنا أنَّ القَبضَ مَوقوفٌ.

وأمَّا إذا وجدَ ذلك زُيوفًا أو نَبَهْرَجَةً إنْ تجوَّزَ بهِ جازَ، وإنْ لمْ يتَجَوَّزْ بهِ وردَّهُ أجمعُوا على أنَّهُ إنْ لمْ يُستَبدَلْ في مَجلسِ الرَّدِّ يبطُلُ السَّلَمُ بقَدْرِ ما ردَّهُ.

فأمَّا إذا استُبدِلَ مكانَهُ جِيادًا في مجلسِ الرَّدِّ:

- القياسُ أنْ يبطُلَ السَّلَمُ بقدْرِهِ، قلَّ المَردودُ أوْ كَثُرَ، وبهِ أخذَ زُفرُ.
- وفي الاستِحسانِ لا يبطُلُ قلَّ أو كثُرَ، وهو قولُ أبي يوسفَ ومحمَّدٍ.
- وأبو حنيفةَ أخذَ في الكثيرِ بالقياسِ، وفي القليلِ بالاستِحسانِ.

وكذا على هذا الخِلافُ أحَدُ المُتصارفَيْنِ إذا وَجَدَ شيئًا ممَّا قبضَ زُيوفًا وردَّهُ بعدَ المجلسِ.

---

(١) زاد في «أ»: (من جنسه).

ثُمَّ اتَّفقتِ الرِّواياتُ عن أبي حنيفةَ أنَّ ما زادَ على النِّصفِ كثيرٌ، وما دُونَهُ فهوَ قليلٌ، وأمَّا في النِّصفِ فذكرَ في «الأصل»[1] وجعلَهُ في حُكمِ القَليلِ في موضعٍ وفي حُكمِ الكَثيرِ في مَوضعٍ، ورَوى في «النَّوادر» أنَّهُ قدَّرهُ بالثُّلُثِ فصَاعدًا وهو الأصحُّ.

هذا الذي ذكرْنا حكمُ رأسِ المالِ.

فأمَّا حُكمُ المُسلَمِ فيهِ إذا وَجَدَ ربُّ السَّلَمِ بالمُسلَمِ فيهِ عَيبًا بعدَما قبضَهُ فإنَّهُ يثبتُ لهُ خِيارُ العَيبِ، إنْ شاءَ تجوَّزَ بهِ وإنْ شاءَ ردَّهُ، ويأخذُ منهُ سليمًا غيرَ مَعيبٍ؛ لأنَّ حقَّهُ في السَّليمِ دونَ المَعيبِ، إلَّا أنَّ خيارَ الرُّؤيةِ والشَّرطِ لا يثبُتُ في السَّلَمِ على ما ذكرْنا.

ثُمَّ ما ذكرْنا في جانبِ رأسِ المالِ إذا صدَّقهُ ربُّ السَّلَمِ.

فأمَّا إذا كذَّبهُ وأنكرَ أنْ تكونَ الدَّراهمُ التي جاءَ بها مِنْ دراهمِهِ التي أعطاها وادَّعى المُسلَمُ إليه أنَّها دراهِمُهُ، فهذا لا يَخلو مِنْ سِتَّةِ أوجُهٍ:

إمَّا أنْ كانَ المُسلَمُ إليهِ أقرَّ قبلَ ذلكَ بأنْ قالَ: «قبضتُ الجيادَ»، أوْ «قبضتُ حقِّي» أوْ «قبضتُ رأسَ المالِ»، أو «استوفيتُ الدَّراهمَ» أو «قبضتُ الدَّراهمَ» أو قالَ: «قبضتُ» ولم يقُلْ شيئًا آخَرَ.

ففي هذهِ الفُصولِ الأربعةِ لا تُسمَعُ دعواهُ بعدَ ذلكَ: «إنِّي وجدتُهُ زُيُوفًا»، ولمْ يكنْ لهُ حقُّ استِحلافِ ربِّ السَّلَمِ: «باللهِ إنَّها ليستْ مِنْ دراهمِكَ التي قبضتُها منكَ»؛ لأنَّهُ أقرَّ بقَبضِ الجِيادِ، ثُمَّ قالَ: «لم أقبِضِ الجيادَ، بل هي زُيوفٌ»؛ لأنَّهُ بإقرارِهِ بقَبضِ الجيادِ يَصيرُ مناقضًا لِدَعواهُ، والمُناقضةُ تَمنعُ صحَّةَ الدَّعوى، والحَلِفُ بناءٌ على الدَّعوى الصَّحيحةِ.

---

(١) انظر «الأصل المعروف بالمبسوط للشيباني» (٥/ ١٤).

وأمَّا إذا قالَ المُسلَمُ إليهِ: «قبضتُ الدَّراهمَ»، ثُمَّ قالَ: «هيَ زُيوفٌ»، القياسُ أنْ يكونَ القولُ قولَ ربِّ السَّلَمِ: «إنَّها ليستْ مِنْ دراهمِهِ» معَ يمينِهِ، وعلى المُسلَمِ إليهِ البيِّنةُ أنَّها مِنَ الدراهم التي قبضَها منهُ؛ لأنَّ المُسلَمَ إليه يدَّعي أنَّها مقبوضةٌ معَ العَيبِ، وربُّ السَّلَمِ يُنكِرُ أنَّها مَقبوضَةُ التي قبضَها منهُ، فيكونُ القولُ قولَ المُنكِرِ معَ يمينِهِ.

وفي الاستِحسانِ القَولُ قَولُ المُسلَمِ إليهِ معَ يَمينِهِ، وعلى ربِّ السَّلَمِ البيِّنةُ أنَّهُ أعطاهُ الجيادَ؛ لأنَّ ربَّ السَّلَمِ بإنكارِهِ أنَّها ليستْ من دراهمِهِ يدَّعي إيفاءَ حقِّهِ، وهو الجِيادُ والمُسلَمُ إليهِ بدعواهُ أنَّ هذهِ الدَّراهمَ التي قبضَها منهُ وأنَّها زُيوفٌ، فيُنكِرُ قَبضَ حقِّهِ فيكونُ القَولُ قَولَه معَ يمينِهِ أنَّهُ لم يقبضْ حقَّهُ، وعلى المدَّعي البيِّنةُ أنَّه أوفاهُ حقَّهُ.

وهذا هوَ القياسُ في الفُصولِ الأُخَرِ، إلَّا أنَّ ثمَّةَ سبَقَ منهُ ما يُناقِضُ دَعواهُ، وهوَ الإقرارُ بالجيادِ وهاهنا لم يَسبِقْ؛ لأنَّ قولَهُ: «قبضتُ الدَّراهمَ» يقعُ على الزُّيوفِ والجيادِ جميعًا بخِلافِ الفُصولِ الأُوَلِ.

وأمَّا إذا قالَ: «قبضتُ» لا غيرَ ثُمَّ قالَ: «وجدتُهُ زُيوفًا» يكونُ القولُ قولَه؛ لِمَا قُلنا في الفَصلِ الأوَّلِ، إلَّا أنَّ هاهنا إذا قالَ: «وجدتُهُ سَتُّوقةً أوْ رَصاصًا» فإنَّهُ يُصدَّقُ.

بِخِلافِ ما إذا قالَ: «قبضتُ الدَّراهمَ» ثُمَّ قالَ: «وجدتُها سَتُّوقةً أوْ رَصاصًا» فإنَّه لا يُقبلُ قولُهُ؛ لأنَّ في قولِهِ: «قبضتُ» إقرارًا بمُطلقِ القبضِ، والسَّتُّوقةُ والرَّصاصُ يُقبضُ، فبقولِهِ: «ما قبضتُهُ سَتُّوقةٌ» لا يكونُ مُناقِضًا، وفي قولِهِ: «قبضتُ الدَّراهمَ» يكونُ مناقضًا لقولِهِ السَّتُّوقةُ والرَّصاصُ؛ لأنَّهُ خلافُ جنسِ الدَّراهمِ، واللهُ أعلمُ بالصَّوابِ.

❁ ❁ ❁

باب الرِّبا

الرِّبَا نوعانِ: رِبَا الفضلِ ورِبَا النَّسَاءِ.

ـ **فالأوَّلُ:** هو فضلُ عينِ مالٍ على المِعيَارِ الشَّرعيِّ، وهو الكيلُ والوزنُ عند اتِّحادِ الجنسِ.

ـ **والثَّاني:** هو فضلُ الحُلولِ على الأجلِ، وفضلُ العينِ على الدَّيْنِ في المكيلَينِ والموزونَيْنِ عندَ اختلافِ الجنسِ، أو في الجنسِ[1] غيرِ المكيلَينِ أو الموزونَيْنِ[2].

وعلَّةُ رِبَا الفضلِ هي القدرُ المتَّفِقُ مع الجنسِ، أعني الكيلَ في المكيلاتِ، والوزنَ في الأثمانِ والمُثمَّناتِ.

وعلَّةُ رِبَا النَّسَاءِ هي وُجودُ أحدِ وصفي علَّةِ رِبَا الفضلِ، وهو الكيلُ في المكيلاتِ، أو الوزنُ المتَّفِقُ؛ أعني أنْ يكونَا ثَمَنينِ أو مثمَّنَينِ، لأنَّ وزنَ الثَّمنِ يُخالِفُ وزنَ المثمَّنِ، وهذا عندنا.

وعند الشَّافعيِّ رِبَا الفضلِ هو الفضلُ المُطلَقُ مِنْ حيثُ الذَّاتُ أو حرمةُ بيعِ المطعومِ بجنسهِ، ثم التَّساوي في المعيارِ الشَّرعيِّ مع اليدِ مَخْلَصٌ عنْ هذهِ الحُرمةِ بطريقِ الرُّخصةِ، ورِبَا النَّسَاءِ هو فضلُ الحُلولِ في المطعُوماتِ والأثمانِ، وعلَّةُ رِبَا الفضلِ هي الطَّعمُ[3] في المطعُوماتِ، والثَّمنيَّةِ في الأثمانِ المُطلَقَةِ وهي الذَّهبُ

---

(١) في «س»: (الجنسين).

(٢) عبارة «البدائع» (٥/ ١٨٣): أو في غير المكيلين، أو الموزونين عند اتحاد الجنس.

(٣) الطَّعْمُ: علَّة الرِّبَا، المعنى كونُهُ ممَّا يُطعَمُ، أي: ممَّا يُساغُ جَامِدًا كَانَ كالحُبوبِ، أو مائِعًا كالعصيرِ والدُّهْنِ والخَلِّ، انظر «المصباح المنير» (طعم).

والفضَّةُ، والجنسُ شرطٌ، وعلَّةُ رِبَا النَّسَاء هي علَّةُ رِبَا الفضلِ دونَ الجنسِ، وهي الطَّعمُ أو الثَّمنيَّةُ، ودلائلُ هذه الجُملةِ تُعرَفُ في الخلافيَّاتِ إنْ شاءَ اللهُ تعالى[1].

وفائدةُ الخلافِ في رِبَا الفضلِ تَظهَرُ في موضعَينِ:

أحدُهما: في بيعِ المطعومِ بجنسِهِ غيرَ مقدَّرٍ، كبيعِ الحَفْنَةِ بالحفنتينِ، والسَّفرجَلَةِ بالسَّفرجَلتَينِ، والبطِّيخةِ بالبطِّيختَينِ ونحوهما يجوزُ عندنا لعدمِ القدْرِ، ولا يجوزُ عندَهُ لوجودِ العلَّةِ وهي الطَّعْمُ[2].

والثَّاني: في بيعِ مُقدَّرٍ بِمقدَّرٍ غيرِ مطعومٍ، كبيعِ قَفِيزِ جِصٍّ بقَفِيزي جِصٍّ، أو مَنٍّ[3] حديدٍ بمنوَيْ حديدٍ ونحوهما، لا يجوزُ عندنا في الجِصِّ، لوجودِ علَّةِ رِبَا الفضلِ، وهي الكيلُ والجنسُ، وعندهُ يجوزُ لعدمِ العلَّةِ وهي الطَّعْمُ، وفي الحديدِ لا يجوزُ عندنا، لوجودِ الوزنِ والجنسِ، وعندهُ يجوزُ لعدمِ الثَّمنيَّةِ والطَّعْمِ[4].

وأجمعوا على أنَّه إذا باعَ قَفِيزَ أرزٍّ بقفيزي أرزٍّ لا يجوزُ، لوجودِ الكيلِ والجنسِ عندنا، ولوجودِ الطَّعْمِ والجنسِ عندهُ، وكذا أجمعوا أنَّهُ إذا باعَ مَنَّ زعفرانٍ بِمنويْ زعفرانٍ، أو مَنَّ سُكَّرٍ بِمنويْ سُكَّرٍ لا يجوزُ، لوجودِ الوزنِ والجنسِ عندنا، ولوجودِ الجنسِ والطَّعْمُ عندهُ.

---

(١) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب (٥/ ٦٥)، والغاية في اختصار النهاية (٣/ ١٩٠)، وكفاية النبيه في شرح التنبيه (٩/ ١٢٤).

(٢) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب (٥/ ٦٥)، والشرح الكبير للرافعي (٨/ ١٦٠)، وكفاية الأخيار في حل غاية الاختصار (ص: ٢٤١).

(٣) المنُّ: بالفتح والتشديد، الجمع أمنان، وهو مكيالٌ سعتهُ رطلان عراقيان، ويساوي (٨١٥,٣٩) غرامًا، انظر «معجم لغة الفقهاء» (مقادير).

(٤) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب (٥/ ٦٥)، والشرح الكبير للرافعي (٨/ ١٦٠)، وكفاية الأخيار في حل غاية الاختصار (ص: ٢٤١).

وأمَّا فُروعُ رِبَا النَّساءِ وفائدةُ الخلافِ بيننا وبين الشَّافعيِّ:

أنَّه إذا باعَ قفيزَ حنطةٍ بقفيزي[١] شعيرٍ نسيئةً مُؤجَّلًا، أو دَيْنًا موصُوفًا في الذِّمَّةِ غير مؤجَّلٍ لا يجوزُ بالإجماعِ، لوجودِ علَّةِ رِبَا النَّساء، وهو أحدُ وصفَيْ علَّةِ رِبَا الفضلِ، وهو الكيلُ عندنا والطَّعْمُ عندَه.

فإذَا باعَ قفيزَ جِصٍّ بقفيزيْ[٢] جِصِّ نُورَةٍ مؤجَّلًا، بأنْ أسلَمَ أو غيرَ مؤجَّلٍ بأنْ باعَ دَيْنًا في الذِّمَّةِ لا يجوزُ عندنا لوجودِ الكيلِ، وعنده يجوزُ لعدمِ الطَّعْمِ.

ولو أسلَمَ مَنَّ حديدٍ في مَنَّيْ[٣] حديدٍ لا يجوزُ عندنا، لوجودِ الوزنِ المتَّفِقِ، لكونِهما مثمَّنينِ، وعنده يجوزُ لعدمِ الطَّعْمِ والثَّمنيَّةِ.

ولو باعَ مَنَّ سُكَّرٍ بمَنَّيْ زعفرانٍ دَيْنًا في الذِّمَّةِ لا يجوزُ بالإجماعِ، لوجودِ أحدِ وصفيْ علَّةِ رِبَا الفضلِ، وهو الوزنُ المتَّفِقُ عندنا؛ لأنَّهُما مثمَّنَانِ، ولوجودِ الطَّعْمِ عندَه.

ولو أسلَمَ دراهمَ في زعفرانٍ أو في قطنٍ أو حديدٍ فإنَّه يجوزُ بالإجماعِ، أمَّا عندنا فلأنَّه لم يُوجد الوزنُ المتَّفِقُ، فإنَّ الدَّراهمَ تُوزَنُ بالمثاقيلِ، والقطنُ والحديدُ والزَّعفرانُ يُوزنُ بالقَبَّانِ.

ولو أسلَمَ نُقْرةَ[٤] ذهبٍ في نقرةِ فضَّةٍ لا يجوزُ بالإجماعِ، لوجودِ الوزنِ المتَّفِقِ عندنا، فإنَّهما يُوزنانِ بالمثاقيلِ، وعندَه لوجودِ الثَّمنيَّةِ.

ولو أسلَمَ الحِنطَةَ في الزيت[٥] جازَ عندنا، لأنَّ أحدَهُما مكيلٌ والآخَرُ موزونٌ، فكانَا مختلفين قدْرًا، وعلى قولِهِ لا يجوزُ لوجودِ الطَّعْمِ.

---

(١) في «أ»: (بقفيز).

(٢) في «س»: (قفيز).

(٣) في «أ» و«س»: (منوي).

(٤) النقرة: قطعة فضة مذابة (كتاب العين) مادة (نقر).

(٥) في «أ»: (الزبيب).

وأما تفسيرُ الجنسِ بانفرادهِ إذا أسلَمَ ثَوْبًا هَرَوِيًّا في ثوبٍ هَرَوِيٍّ لا يجوزُ عندنا؛ لأنَّ الجنسَ أحدُ وصفيْ علَّةِ رِبَا الفضلِ، فيحرمُ النَّسَاءُ، وعندَ الشَّافعيِّ يجوزُ؛ لأنَّ الجنسَ عنده شرطٌ.

ولو أسلَمَ ثوبًا هَرَوِيًّا في ثوبٍ مَرْوِيٍّ جازَ بالإجماعِ؛ لأنَّه لم يُوجدِ الجنسُ ولا القدرُ المتَّفِقُ ولا الطَّعْمُ ولا الثَّمنيَّةُ.

ولو أسلَمَ جَوْزَةً في جَوْزَةٍ أو سَفَرجَلةً في سَفَرجَلةٍ لا يجوزُ بالإجماعِ، لوجودِ الجنسِ عندَنا، ولوجودِ الطَّعْمِ عندَهُ.

ثم فرْقٌ بينَ المكيلِ والموزونِ، وبينَ الثَّوبِ والثَّوبِ مِنْ وجهٍ، وهو أنَّ رِبَا النَّسَاءِ لا يتحقَّقُ في الثَّوبِ إلَّا بطريقِ السَّلَمِ؛ لأنَّ الثِّيابَ لا تثبتُ دَيْنًا في الذِّمَّةِ إلَّا سَلَمًا، فأمَّا في المكيلِ والموزونِ فيتحقَّقُ رِبَا النَّسَاءِ مُؤجَّلًا وحَالًّا، دَيْنًا موصُوفًا في الذِّمَّةِ.

بيانُهُ لو أسلَمَ ثوبًا هَرَوِيًّا في ثوبٍ هَرَوِيٍّ لا يجوزُ؛ لأنَّهُ مؤجَّلٌ، ولو باعَ ثوبًا هَرَوِيًّا بثوبٍ هَرَوِيٍّ موصوفٍ في الذِّمَّةِ حَالًّا لا يجوزُ؛ لأنَّه لا يجوزُ أن يكونَ ثمنًا إلا باعتبارِ رِبَا النَّسَاءِ.

ولو باعَ قفيزَ حنطةٍ بعينِهَا بِقفيزيْ[1] شعيرٍ موصوفٍ في الذِّمَّةِ دَيْنًا غيرَ مؤجَّلٍ لا يجوزُ؛ لأنَّ العينَ خيرٌ[2] مِنَ الدَّينِ وإنْ كانَ حَالاً، واللهُ أعلمُ.

❁ ❁ ❁

---

(١) في «أ»: (قفيز).

(٢) في حاشية «أ»: (أخير. نسخة).

باب الشراء والبيع

نحتاجُ في هذا البابِ إلى بيانِ:

- رُكنِ البيعِ والشِّراءِ.

- وبيانِ شرطِهِ.

- وبيانِ أقسَامِهِ.

- وبيانِ حُكمِهِ شرعًا.

أمَّا بيانُ الرُّكنِ، فهو الإيجابُ مِنَ البائِعِ والقَبولُ مِنَ المشتري، إلَّا أنَّ ذلكَ قد يكونُ بلفظينِ، وقد لا يتحقَّقُ إلَّا بثلاثةِ ألفاظٍ.

أمَّا ما يتحقَّقُ بلفظينِ فقد يكونُ بدونِ النِّيَّةِ وقد يكونُ مع النِّيَّةِ.

أمَّا مِنْ غيرِ النِّيَّةِ بأنْ يكونَ اللَّفظانِ بصيغةِ الماضي، نحوَ أنْ يقولَ البائعُ: «بعتُ منكَ هذا العبدَ بِكذَا»، فقالَ المشتري: «ابتَعْتُ» أو «اشتريتُ» أو ما يؤدِّي معناهُ، كقولِهِ: «أخذتُ» و«قبلتُ» و«رضيتُ» و«فعلتُ» ونحوُ ذلك؛ لأنَّ هذا في عُرْفِ أهلِ اللُّغةِ والشَّرعِ مُستعمَلٌ لإيجابِ المِلْكِ للحالِ بعوضٍ وإنْ كانَ بصيغةِ الماضي.

وكذا إذا بدَأَ المُشتري فقال: «اشتريتُ منكَ هذا العبدَ بِكذَا»، فقالَ البائعُ: «بعتُهُ منكَ»، أو «أعطيتُهُ»، أو «بذلتُهُ»، أو «رضيتُ»، أو «هو لكَ».

وأمَّا الذي لا ينعقِدُ بدونِ النِّيَّةِ بأن يُخبرَ عن نفسِهِ في المستقبلِ بلفظِ الاستقبالِ، وهو أنْ يقولَ البائعُ: «أبيعُ منكَ هذا العبدَ بألفٍ» أو «أبذلُهُ...» أو «أعطيهِ...»، فقالَ

المُشتَري: «أشتَرِيهِ بذلكَ» أو «آخذُهُ...»، ونويا الإيجابَ للحالِ، أو كانَ أحدهمَا بلفظِ الماضي والآخَرُ بلفظِ المستقبلِ مع نيَّةِ الإيجابِ للحالِ، فإنَّه ينعقدُ البيعُ، لأنَّ صيغةَ الاستقبالِ تحتملُ الحالَ فصحَّتِ النيَّةُ.

فإنْ كانَ أحدُهما بلفظِ الاستفهامِ بأنْ قالَ: «أتبيعُ منِّي هذا الشَّيءَ»، فقالَ: «بعتُ»، ونوى، لا ينعقدُ البيعُ لأنَّ لفظَ الاستفهامِ لا يُستعمَلُ للحالِ إذا أمكنَ العملُ بحقيقةِ الاستفهامِ.

فأمَّا إذا كان بلفظينِ يُعبَّر بهما[1] عَنِ المستقبلِ، إمَّا على سبيلِ الأمرِ أو الخبرِ، أو بأحدهما من غير نيَّةِ الحالِ، فإنَّهُ لا ينعقدُ البيع عندنا، وذلك أنْ يقولَ البائعُ: «اشترِ منِّي هذا العبدَ بألفٍ»، فقالَ: «اشتريتُ»، أو قال المُشتَري: «بعْ منِّي هذا العبدَ»، فقالَ: «بعتُ»، أو قالَ البائعُ: «ابتعْ منِّي هذا العبدَ بألفِ درهمٍ»، فقال المُشتَري: «اشتريتُ».

وفي بابِ النِّكاحِ إذا كانَ أحدُ اللَّفظينِ يُعبَّر به عنِ الأمرِ أو الخبرِ في المستقبَلِ بأنْ قال: «زوِّجينِي نفسَكِ بألفِ درهمٍ»، فقالتْ: «زوَّجتُ»، أو قالَ الزَّوجُ: «أتزوَّجُكِ على ألفِ درهمٍ»، فقالتْ: «زوَّجتُ نفسي منكَ بذلكَ»، ينعقدُ النِّكاحُ.

وقال الشَّافعيُّ: البيعُ والنِّكاحُ سواءٌ، ينعقدانِ بلفظينِ يُعبَّرُ بأحدِهما عنِ الماضي[2] والآخرُ عنِ الحالِ من غيرِ نيَّةٍ[3].

وأمَّا إذا كانَ أحدُ اللَّفظينِ بطريقِ الاستفهامِ فإنَّه لا ينعقدُ النِّكاحُ والبيعُ بالإجماعِ. والصَّحيحُ مذهبُنَا، فإنَّ البيعَ في العُرفِ غَالبًا لا يكونُ بناءً على مقدِّماتٍ، ولفظةُ

(١) في «أ»: (بأحدهما).

(٢) في «أ»: (المستقبل).

(٣) انظر: التدريب في الفقه الشافعي (٣/ ٧٦)، وأسنى المطالب في شرح روض الطالب (٢/ ٣).

المستقبلِ للعِدَةِ[1] في الأصلِ، ولفظةُ الأمرِ للمُساومَةِ، فيُحمَلُ على حقيقته إلاَّ بدليلٍ، ولم يُوجد، بخلافِ النِّكاحِ لأنَّه بناءٌ على مقدِّمةِ الخِطبَةِ، فلا يُحمَلُ على المساومةِ بدلالةِ العادةِ.

فأمَّا إذا وُجِدَ ثلاثةُ ألفاظٍ بأنْ قالَ المشتري: «بِعْ عبدكَ هذا منِّي بألفٍ»، فقالَ البائعُ: «بعتُ»، وقالَ المشتري: «اشتريتُ»، فإنَّه ينعقدُ بلا خلافٍ.

أمَّا إذا باعا وهما يمشيانِ أو يسيرانِ على دابَّةٍ واحدةٍ أو دابَّتينِ، فإنْ كانَ الإيجابُ والقبولُ متَّصلينِ، وخرجَ الكلامانِ مِنْ غيرِ فصلٍ بينهما فإنَّهُ يصحُّ البيعُ، فأمَّا إذا كانَ بينهما فصلٌ وسكوتٌ - وإنْ قلَّ - فإنَّهُ لا يصحُّ؛ لأنَّ المجلسَ يتبدَّلُ بالمشي والسيرِ، كذا قال عامَّةُ مشايخِنَا، وقاسُوا على آيةِ السَّجدةِ وخِيارِ المُخَيَّرَةِ.

وقالَ بعضُ مشايخِنَا: إذا تبايَعَا في حالةِ السَّيرِ والمشيِ، فوُجِدَ الإيجابُ مُنفصِلًا عَنِ القبولِ، فإنَّه ينعقدُ البيعُ ما لم يَفترقَا بأبدانِهِمَا، وإنْ وُجِدَ القبولُ بعدَ الافتراقِ لا يجوزُ؛ لأنَّ القيامَ عَنِ المجلسِ دليلُ الإعراضِ عَنِ الجوابِ، فأمَّا السَّيرُ بلا افتراقٍ، فليسَ بدليلِ الإعراضِ فيصحُّ القبولُ ويكونُ جوابًا.

هكذا قالوا في خِيارِ المُخَيَّرَةِ، وأمَّا سجدةُ التِّلاوةِ فبخلافِهِ؛ لأنَّ الأصلَ أنْ تجبَ السَّجدةُ بِكلِّ تلاوةٍ، ولكنْ جُعِلَتْ كتِلاوةٍ واحدةٍ عندَ اتِّحادِ المجلسِ، والمجلسُ يختلفُ بالسَّيرِ حقيقةً.

ولو وقَفَا وتبايَعَا جازَ، وإنْ وُجِدَ القبولُ بعدَ الإيجابِ بسكتةٍ لاتِّحادِ المجلسِ، فأمَّا إذا وقَفَا وأوجبَ أحدُهما البيعَ فسارَ الآخَرُ ولمْ يَقبلْ ثم قَبِلَ بعدَ ذلكَ لا يصحُّ، ويُجعَلُ سيرُهُ دليلَ الإعِراضِ، وكذلكَ لو سارَ البائعُ قَبلَ أنْ يَقبلَ المُشتري؛ لأنَّهُ دليلُ الإعراضِ أيضًا، وأنَّه يمْلِكُ الرُّجوعَ في إيجابِ البيعِ.

(١) في «ز»: (أن يعده)

ولو خيَّرَ امرأتَهُ بعدما وقفَا، ثم سارَ الرَّجلُ وبقيتِ المرأةُ واقفةً فلَهَا الخِيَارُ؛ لأنَّ العبرةَ لجانبِهَا ما دامتْ في مجلسِهَا، فلم يُوجدْ منها دليلُ الإعراضِ، وكلامُ الزَّوجِ لا يَبْطُلُ بالإعراضِ.

هذا إذا كانَ العاقدانِ حَاضرينِ في المجلسِ، فأمَّا إذا كانَ أحدُهما غائبًا فوُجِدَ مِنْ أحدِهما البيعُ أو الشِّراءُ فإنَّهُ لا يتوقَّفُ.

بيانُهُ أنَّ مَنْ قَالَ: «بِعتُ عبدي هذا مِنْ فلانٍ الغائبِ بألفِ درهمٍ»، فبلَغَهُ الخبرُ فقَبِلَ لا يصحُّ؛ لأنَّ شطرَ البيعِ لا يتوقَّفُ بالإجماعِ.

ولو قالَ: «بِعتُ عبدي هذا بألفِ درهمٍ من فلانٍ الغائبِ» بينَ يدي رجلٍ، وقالَ لهُ: اذهبْ إلى فلانٍ وقلْ لهُ: «إنَّ فلانًا باعَ عبدَهُ فلانًا منكَ بألفِ درهمٍ»، فجاءَ الرَّسولُ فأخبَرهُ بما قالَ، فقالَ المُشتري في مجلسِهِ ذلك: «اشتريتُ» أو «قبلتُ»، تمَّ البيعُ بينهما؛ لأنَّ الرَّسولَ مُعَبِّرٌ وسَفيرٌ، فيَنقُلُ كلامَهُ إليه، فإذا اتَّصلَ به الجوابُ ينعقدُ.

وكذلكَ الكتابُ على هذا، بأنْ كتبَ إلى رجلٍ وقالَ: «أمَّا بعدُ، فقد بعتُ عبدي فلانًا منكِ بألفِ دِرهمٍ»، فلمَّا بلغه الكتابُ وقرأَ وفَهِمَ ما فيه وقالَ في مجلسِهِ ذلك: «اشتريتُ» أو «قبلتُ» ينعقدُ البيعُ؛ لأنَّ الخطابَ والجوابَ مِنَ الغائبِ بالكتابِ يكونُ.

وعلى هذا الجوابُ في الإجارةِ والكِتابةِ والهبةِ.

فأمَّا في الخُلعِ والعِتْقِ على مالٍ، فإنَّهُ يتوقَّفُ شطرُ العقدِ بينَ الزَّوجِ والمولى على قبولِ الآخَرِ وراءَ المجلسِ بالإجماعِ، فإنَّ مَنْ قالَ: «خالعتُ امرأتي فلانةَ الغائبةَ على ألفِ دِرهمٍ»، فبلَغَها فأجازَتْ أو قبلتْ صحَّ.

وكذا إذا قالَ: «أعتقتُ عبدي فلانًا الغائبَ بألفِ دِرهمٍ» فإنَّهُ يتوقَّفُ على إجازَةِ العبدِ.

وأمَّا في جانبِ المرأةِ والعبدِ فلا يتوقَّفُ إذا كانَ الزَّوجُ والمولَى غائبينِ.

فأمَّا في النِّكاحِ فلا يتوقَّفُ الشَّطرُ عند أبي حنيفةَ ومحمَّدٍ، وعلى قولِ أبي يوسفَ يتوقَّفُ.

ثم في كلِّ موضعٍ لا يتوقَّفُ شَطرُ العقدِ، فإنَّه يجوزُ مِنَ العاقدِ الرُّجوعُ عنه، ولا يجوزُ تعليقُهُ بالشُّروطِ والأخطارِ؛ لأنَّه عقدُ معاوضةٍ، وفي كلِّ موضعٍ يتوقَّفُ شَطرُ العقدِ كالخلعِ والعِتقِ على مالٍ، لا يَصحُّ الرُّجوعُ ويَصحُّ التَّعليقُ بالشُّروطِ؛ لأنَّه في جانبِ المولى والزَّوجِ بمنزلةِ التَّعليقِ، وفي جانبِهَا بمنزلةِ المُعاوَضةِ.

وأمَّا بيانُ الشُّروطِ، فللبيعِ شروطٌ:

منها: شرطُ الأهليَّةِ، مِنَ العقلِ والبلوغِ، حتى لا ينعقدُ البيعُ مِنَ الطِّفلِ والمجنونِ، فأمَّا الصَّبيُّ العاقلُ والمعتُوهُ مِنْ أهلِ البيعِ، حتى لو توكَّلا بالشِّراءِ والبيعِ وباعَا جازَ ونفَذَ عندنا خِلافًا للشَّافعيِّ(١).

ومنها: شرطُ الانعقادِ، وهو المَحلُّ، وهو أنْ يكونَ مالًا مُتقوَّمًا، حتى لو باعَ الخمرَ والخنزيرَ والميتةَ والدَّمَ وجِلدَ الميتةِ فإنَّه لا يجوزُ أصلًا، حتى لا يُملَكُ بالقبضِ، بِخلافِ ما إذا كانتْ هذهِ الأشياءُ ثَمنًا، فإنَّه ينعقدُ البيعُ بالقيمةِ.

ومنها: شرطُ النَّفاذِ، وهو المِلْكُ أو الولايةُ، حتى إذا باعَ مِلْكَ نفسهِ نَفَذَ، ولو باعَ الوكيلُ نَفَذَ لِوجودِ الولايةِ.

فأمَّا أقسامُ البيعِ فنقولُ:

هو في الأصلِ قسمانِ: بيعٌ نافذٌ، وبيعٌ موقوفٌ.

فأمَّا البيعُ النَّافذُ أنْ يُوجَدَ الرُّكنُ مع وجودِ شرطِ الانعقادِ والنَّفاذِ جميعًا.

وأمَّا البيعُ الموقوفُ فأنْ يُوجَدَ الرُّكنُ مع وجودِ شرْطِ الانعقادِ والأهليَّةِ، لكنْ لم يُوجَدَ شرطُ النَّفاذِ، وهو المِلْكُ والولايةُ.

---

(١) انظر: حلية العلماء (٤/ ١٠)، والبيان في مذهب الإمام الشافعي (٥/ ١١)، والشرح الكبير للرافعي (٨/ ١٠٦)، والنجم الوهاج في شرح المنهاج (٤/ ١٧).

بيانُهُ أنَّ الفُضوليَّ إذا باعَ مالَ غيرِهِ مِنْ إنسانٍ أو اشترى لغيرِهِ شيئًا مُعيَّنًا فإنَّه يتوقَّفُ على إجازتِهِ عندنا خِلافًا للشَّافعيِّ[(١)].

ولقبُ المَسألةِ: أنَّ العقودَ والفسوخَ مِنَ الفُضوليِّ تتوقَّفُ على إجازةِ المَالِكِ، وإنَّما ينعقدُ عندنا على التَّوقُّفِ كلُّ عقدٍ له مُجيزٌ حالةَ العقدِ، فأمَّا إذا لم يكنْ لهُ مُجيزٌ فإنَّهُ لا يتوقَّفُ، حتى إنَّ الطَّلاقَ والعَتَاقَ في حقِّ البالغِ إذا وُجِدَ مِنَ الفُضوليِّ فهو على الخلافِ؛ لأنَّ له مُجيزًا في الحالِ[(٢)].

فأمَّا إذا وُجِدَ الطَّلاقُ والعَتَاقُ والتَّبرُّعاتُ مِنَ الفُضوليِّ في امرأةِ الصَّبيِّ والمجنونِ ومالِهِما فإنَّه لا يتوقَّفُ؛ لأنَّه ليس له مُجيزٌ في حالةِ العقدِ، لأنَّهما ليسا مِنْ أهلِ الطَّلاقِ والعَتَاقِ والتَّبرُّعاتِ، وكذلكَ وليُّهما، وكذلكَ الأبُ والوصيُّ إذا أَعتَقَا أو طلَّقَا عَبْدَ الصَّبيِّ أو امرأتَهُ.

ثم إنَّما يجوزُ العقدُ الموقُوفُ إذا كانَ المَحَلُّ قَابلًا لإنشاءِ البيعِ حالةَ الإجازةِ، فأمَّا إذا لم يكنْ قابلًا بأنْ هلكَ المَحَلُّ؛ لأنَّ بالإجازةِ ينفُذُ[(٣)] للحالِ مُستَندًا، فلا بدَّ مِنَ المَحَلِّ في الحالِ.

وكذا الجوابُ لو كانَ العاقدانِ فضوليينِ، فإنَّه أيضًا يتوقَّفُ على إجازةِ المالكينَ، وكذلكَ الجوابُ في النِّكاحِ.

ولو كان الفضوليُّ الواحدُ باعَ عَبدَ إنسانٍ مِنْ إنسانٍ وهما غائبانِ، وقَبِلَ منَ المشتري أيضًا فإنَّه لا يَتوقَّفُ.

وفي النِّكاحِ إذا قَبِلَ منهما لا يَتوقَّفُ أيضًا.

---

(١) انظر: الوسيط في المذهب (٣/ ٢٢)، والبيان في مذهب الإمام الشافعي (٥/ ٦٦)، ومنهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه (ص: ٩٥).

(٢) سقط من «ز» و«س»: (في الحال).

(٣) في «س»: (ينعقد).

وبعضُ مشايخِنَا قالوا: ينبغي أنْ يَتوقَّفَ عندَ أبي حنيفةَ ومحمَّدٍ، وإنَّما الخلافُ فيما إذا زوَّجَ الرَّجلَ امرأةً ولم يقبلْ منه؛ لأنَّ الواحدَ يجوزُ أنْ يكونَ وكيلًا مِنَ الجانبينِ في النِّكاحِ، ويجوزُ أنْ يكونَ وليًّا مِنَ الجانبينِ، بأنْ زوَّجَ ابنةَ أخيهِ ابنَ أخيهِ، والإجازةُ اللَّاحقةُ بمنزلةِ الوكالةِ السَّابقةِ.

بخلافِ البيعِ، فإنَّ الواحدَ لا يجوزُ أنْ يكونَ وكيلًا مِنَ الجانبينِ، فلا يتوقَّفُ مِنْ رجلٍ واحدٍ، وإنْ وُجِدَ منه الإيجابُ والقبولُ جميعًا.

ثم إنَّما جازَ أنْ يكونَ الرَّجلُ وليًّا ووكيلًا مِنَ الجانبينِ في النِّكاحِ، وفي البيعِ لا يجوزُ أنْ يكونَ وكيلًا مِنَ الجانبينِ، وإنَّما يجوزُ أنْ يكونَ وليًّا مِنَ الجانبينِ، فإنَّ الأبَ إذا اشترى مَالَ الصَّبيِّ لِنفسهِ أو باعَ مالَهُ مِنَ الصَّبيِّ بمثلِ قيمتِهِ أو بغبنٍ يسيرٍ يَتغابَنُ النَّاسُ في مِثلِهِ، فإنَّه يجوزُ.

وكذلكَ الوصيُّ إذا اشترى بمالِ الصَّبيِّ لنفسهِ أو باعَ مالَ نفسهِ مِنَ الصَّبيِّ، وفيه نفعٌ ظاهرٌ للصَّبيِّ جازَ بلا خلافٍ، فأمَّا إذا كان بمثلِ القيمةِ لم يَجزْ عند أبي حنيفةَ، وعندهما يجوزُ.

وإمَّا إذا كانَ بدونِ القيمةِ لا يجوزُ بلا خلافٍ.

والفرقُ بينَ الفصول[1] أنَّ الوليَّ والوكيلَ في بابِ النِّكاحِ بمنزلةِ الرَّسولِ؛ لأنَّه لا تَرجِعُ إليه حقوقُ العقدِ، فأمَّا الوكيلُ في بابِ البيعِ فأَصلٌ في حقِّ الحقوقِ، وللبيعِ حقوقٌ متضادَّةٌ مِنَ التَّسلُّمِ والتَّسليمِ، فلا يجوزُ أنْ يكونَ الواحدُ في شيءٍ واحدٍ في زمانٍ واحدٍ مُسلِّمًا ومُتَسلِّمًا، بخلافِ الأبِ والوصيِّ؛ لأنَّ ثَمَّ جعلناهمَا كشخصينِ لاختلافِ الولايتينِ.

ولو باعَ العبدُ المحجورُ مالَ مولاهُ مِنْ إنسانٍ بثمنٍ معلومٍ، فإنَّهُ يَتوقَّفُ على إجازةِ مولاه؛ لأنَّه بمنزلةِ الأجنبيِّ.

---

(١) في «أ»: (الفضولي).

ولو أذِنَ له بالتَّصرُّفِ في البيعِ والشِّراءِ فأجازَ ذلكَ لا ينفذُ إلَّا بإجازةِ المولَى؛ لأنَّ العبدَ المأذونَ لا يملِكُ بيعَ مالِ المولَى، وإنَّما يملِكُ الشِّراءَ، ولو اشترى عبدًا لمولاهُ بغيرِ إذنهِ فإنَّه يَتوقَّفُ على إجازتِهِ، فإنْ أَذِنَ لهُ بالتَّصرُّفِ نَفَذَ الشِّراءُ على مولاه مِنْ غيرِ إجازةٍ مبتدَأةٍ لذلك؛ لأنَّه بالإذنِ مَلَكَ إنشاءَ الشِّراءِ في حقِّهِ فيَملِكُ الإجازةَ.

وعلى هذا الصَّبيُّ العاقلُ إذا باعَ مَا لهُ وهو محجورٌ، فإنَّه ينعقدُ تصرُّفُه موقُوفًا على إجازةِ وليِّهِ، وعلى إذنِ وليِّهِ بالتَّصرُّفِ أيضًا، وعلى بُلوغِهِ أيضًا؛ لأنَّ في انعقادِهِ فائدةٌ، لوجودِ المُجيزِ للحالِ وهو الوليُّ.

وهذا في التَّصرُّفاتِ الدَّائرةِ بينَ الضَّررِ والنَّفعِ، كالبيعِ والإجازةِ.

فأمَّا التَّصرفاتُ الضَّارةُ كالطَّلاقِ والإقرارِ والهبةِ والعَتَاقِ والصَّدقةِ فلا تَصحُّ ولا تَتوقَّفُ؛ لأنَّ الوليَّ لا يملِكُ هذه التَّصرُّفاتِ، فلا مُجيزَ لها للحالِ.

وأمَّا التَّصرُّفاتُ النَّافعةُ كالاحتطابِ والاحتشاشِ والاصطيادِ وقبولِ الهبةِ والصَّدقةِ فتَصحُّ منهما مِنْ غيرِ إذنٍ.

وأمَّا **حُكمُ البيعِ** فهو ثُبوتُ الملْكِ في المبيعِ للمُشتري، وثبوتُ الملْكِ في الثَّمنِ للبائعِ إذا كانَ البيعُ باتًّا مِنْ غيرِ خِيَارٍ، فأمَّا إذا كانَ فيه خِيَارُ الرُّؤيةِ أو العيبُ أو خِيَارُ الشَّرطِ، فالجوابُ ما نذكرُ.

ثم إذا كانَ البيعُ باتًّا لا يملِكُ أحدُهما الفسخَ دونَ رِضَا صاحبِهِ وإنْ لم يفترقَا عَنِ المجلسِ، وهذا عندنا، وقال الشَّافعيُّ: لهما خِيَارُ الفسخِ ما لم يَفترقَا عَنِ المجلسِ[1].

ولقبُ المسألةِ: أن خِيارَ المجلسِ هل هو ثابتٌ شرعًا، فعندنا غيرُ ثابتٍ، وعنده ثابتٌ، والمسألةُ معروفةٌ[2].

---

(١) انظر: الأم للشافعي (٣/ ٤)، والمهذب في فقة الإمام الشافعي للشيرازي (٢/ ٤)، ونهاية المطلب في دراية المذهب (٥/ ١٦).

(٢) انظر: المراجع السابقة.

وإذا ثبتَ المِلْكُ في الطَّرفينِ ـ أعني في المبيعِ والثَّمنِ جميعًا وحُكْمُ المبيع قد يُخالِفُ حُكمَ الثَّمنِ فيما سوى ثُبوتِ المِلْكِ ـ، فلا بُدَّ مِنْ بيانِ الثَّمنِ والمبيعِ فنقولُ: إنَّ المبيعَ في الأصلِ ما يتعيَّنُ بالتَّعيينِ، والثَّمنُ في الأصلِ ما لا يتعيَّنُ بالتَّعيينِ، وإنْ كان قد يتعيَّنُ بعارضٍ، فيَصيرُ المبيعُ دَيْنًا كما في السَّلَمِ، ويَصيرُ الثَّمنُ عينًا، كبيعِ العينِ بالعينِ، لكنَّ الثَّمنَ المُطلَقَ هو الدَّراهمُ والدَّنانيرُ، فإنَّهما لا يتعيَّنانِ في عقودِ المعاوضاتِ في حقِّ الاستحقاقِ وإنْ عُيِّنَتْ، ويتعيَّنُ في حقِّ بيانِ الجنسِ والقدرِ والصِّفةِ، وهذا عندنا، وقالَ زُفرُ والشَّافعيُّ: يتعيَّنانِ[١].

وأجمعوا أنَّهما إذا كانتا في الذِّمَّةِ لا يَتعيَّنان، وإنْ عُيِّنَتْ فعندهُما حكمُهُما حُكمُ المبيعِ.

وأجمعوا أنَّهما يتعيَّنان في الغُصوبِ والأماناتِ والوكالاتِ.

وبيانُ ذلكَ: أنَّ مَنْ باعَ عَبدًا بألفِ دِرهمٍ وعيَّنها في المجلسِ فإنَّ البائعَ لا يستحقُّ عينَهَا، حتى لو أرادَ المشتري أنْ يمنعَهَا ويرُدَّ غيرها له ذلك، ولكنْ يتعيَّنُ في حقِّ الجنسِ حتى تَجبُ عليه الدَّراهمُ، ويتعيَّنُ في حقِّ القدرِ حتى يَجبُ عليه ألفُ درهمٍ، ويتعيَّنُ في حقِّ الصِّفةِ حتى إنَّ الدَّراهمَ المُعيَّنةَ في العقدِ إذا كانت جيِّدةً يَجبُ عليه مثلُها جيِّدةً، وإنْ كانت رديئةً فكذلِكَ، والصَّحيحُ قولنا؛ لأنَّهُ لا فائدةَ في استحقاقِ عينِهَا في المعاوضاتِ، لأنَّ المِثْلَ يقومُ مَقامَهَا في كلِّ عوض يكونُ في عقودِ المعاوضاتِ، فكانَ التَّعيينُ وتركُهُ سواءً في حقِّ استحقاقِ العينِ، فأمَّا في حقِّ تعيينِ الجنسِ والصِّفةِ والقدرِ فائدةٌ فيَتعيَّنُ.

ثم الدَّراهمُ والدَّنانيرُ أثمانٌ أبدًا، سواءٌ كانَ في مقابلتِهَا أمثالُهَا أو أعيانٌ أُخَرُ، صحِبَها حرفُ الباءِ أو لا، حتى إنَّ في الأثمانِ تَصيرُ صَرْفًا، وإذا كانت بمقابلتِهَا السِّلعةُ

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (٥/ ١٣٨)، ونهاية المطلب في دراية المذهب (٥/ ٩٦)، وبحر المذهب للروياني (٤/ ٤٤٥)، والتهذيب في فقه الإمام الشافعي (٣/ ٣٥٦).

يصيرُ ثمنًا، والسِّلعةُ مبيعًا على كلِّ حالٍ؛ لأنَّها أثمانٌ مُطلقةٌ على كلِّ حالٍ، فلا تتعيَّنُ بالتَّعيينِ.

وأمَّا **الأعيانُ التي ليستْ مِنْ ذواتِ الأمثالِ**، كالثِّيابِ والدُّورِ والعقارِ والعبيدِ والعددياتِ المُتفاوتَةِ[1] كالبطاطيخِ والثِّمارِ فهي مبيعةٌ، وتَتعيَّنُ بالتَّعيينِ، ولا يجوزُ البيعُ فيها إلَّا عينًا، إلَّا فيما يجوزُ فيه السَّلَمُ، كالثِّيابِ ونحوها، فتكونَ مبيعًا دَيْنًا، وإذا وُجِدَ شرائطُ السَّلَمِ بالنَّصِ لِحاجةِ النَّاسِ.

ثم الثِّيابُ كما تثبتُ دَيْنًا في الذِّمَّةِ مبيعًا بطريقِ السَّلَمِ تثبتُ دَيْنًا في الذِّمَّةِ مُؤجَّلًا بطريقِ الثَّمنِ، والأجلُ شرطٌ في الثِّيابِ، لا لأنَّهُ شرطٌ في الأثمانِ، ولكنْ يُشترطُ لِتصيرَ مُلحقةً بالسَّلَمِ[2]، في كونِهَا دَيْنًا في الذِّمَّةِ.

وأمَّا المكيلُ والموزونُ والعدديُّ المُتقارِبُ، إنْ كانَ في مقابلتِهَا الأثمانُ فهي مَبيعةٌ، وإنْ كانَ في مقابلتِهَا أمثالُهَا ـ يعني المكيلُ والموزونُ والعدديُّ المتقارِبُ ـ فكلُّ ما كانَ موصوفًا في الذِّمَّةِ يكونُ ثمنًا، وكلُّ ما كانَ معيَّنًا يكونُ مبيعًا، وإنْ كانَ كلُّ واحدٍ منهما موصوفًا في الذِّمَّةِ فما صحِبَه حرفُ الباءِ يكونُ ثمنًا والآخَرُ مبيعًا؛ لأنَّ هذا ممَّا يتعيَّنُ[3] بالتَّعيينِ، ويثبتُ دَيْنًا في الذِّمَّةِ أيضًا، فيتعيَّنُ أحدُ الوجهينِ بالدَّليلِ.

وإذا ثبتَ تفسيرُ المبيعِ والثَّمنِ فنذكرُ أحكامَهُمَا فنقولُ: إذا هلكَ المبيعُ قبلَ القبضِ يَنفسخُ البيعُ، وإذا هلكَ الثَّمنُ في المجلسِ قبلَ القبضِ فإنْ كان عينًا مِثْليًّا لا ينفسخُ؛ لأنَّه يمكنُ تسليمُ مِثْلِه بخلافِ المبيعِ، لأنَّه معيَّنٌ وللنَّاسِ أغراضٌ في الأعيانِ.

فأمَّا إذا هلكَ وليسَ لهُ مِثْلٌ في الحالِ بأنْ كانَ شيئًا ممَّا ينقطعُ عَنْ أيدي النَّاسِ وهو موجودٌ عندَ العقدِ ثم انقطعَ قبلَ القبضِ اختلفَ المشايخُ فيه.

---

(١) في «ز»: (المتقاربة).

(٢) في «ز»: (بالثمن).

(٣) في «أ»: (لا يتعين).

وأمَّا إذا كسدَ الثَّمنُ بأنْ كانَ الثَّمنُ فُلوسًا فكسدتْ أو كسدَ بعضُ الدَّراهمِ الرَّائجةِ وهو كانَ ثمنًا قبلَ القبضِ:

- على قولِ أبي حنيفةَ ينفسخُ العقدُ، وجُعِلَ الكَسادُ كالهلاكِ، لأنَّ قيامَ الثَّمنِ مِنْ حيثُ المعنى بالرَّواجِ.

- وعلى قولِهما لا ينفسخُ، لكنَّهُ يُخيَّرُ إنْ شاءَ أخذَ قيمتَهُ وإنْ شاءَ فَسَخَ، وجعلَاهُ كالعيبِ.

ثم اختلفا فيما بينهُمَا:

- فقال أبو يوسفَ: تُعتبرُ قيمتُهُ يومَ العقدِ؛ لأنَّ الثَّمنَ يجبُ عندَ العقدِ، فيضمنُ قيمتَهُ حينئذٍ.

- وقال محمَّدٌ: تُعتبرُ قيمتُهُ في آخرِ ما تركَ النَّاسُ المُعاملةَ بذلكَ؛ لأنَّهُ عجزَ عَنِ التَّسليمِ يومَئذٍ[١].

ومنها أنَّهُ لا يجوزُ التَّصرُّفُ في المبيعِ المنقولِ قبلَ القبضِ بلا خلافٍ، وفي العقارِ المبيعُ يجوزُ عند أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ، وعند محمَّدٍ والشَّافعيِّ لا يجوزُ[٢].

وأمَّا الأثمانُ فيجوزُ التَّصرُّفُ فيها قبلَ القبضِ؛ لأنَّها ديونٌ، فكذا التَّصرُّفُ في سائرِ الدُّيونِ، مِنَ المهرِ والأجرةِ وضمان المُتلَفاتِ ونحوِها يجوزُ قَبْلَ القبضِ.

ومنها إذا باعَا عينًا بعينٍ، فإنَّهُ يجبُ عليهما التَّسليمُ معًا، تحقيقًا للمساواةِ في المعاوضةِ المُقتضيةِ للمُساواةِ عَادةً.

---

(١) جاء في «حاشية ابن عابدين» (٤/ ٥٣٣) نقلا عن «الذخيرة» أن الفتوى على قول أبي يوسف، ونقل عن «المحيط» و«التتمة» و«الحقائق» أن الفتوى على قول محمد لكونه أرفق بالناس.

(٢) انظر: الحاوي الكبير (٥/ ٢٢٠-٢٢١)، والمهذب في فقة الإمام الشافعي للشيرازي (٢/ ١٣-١٤).

فأمَّا إذا كان بيعُ العينِ بالدَّيْنِ فإنَّه يجبُ تسليمُ الدَّينِ أوَّلًا، حتى يتعيَّنُ، ثم يجبُ تسليمُ العينِ ليتساوَيا، فإذا سلَّمَ المشتري الثَّمنَ يجبُ على البائعِ تسليمُ المبيعِ.

ولو هلكَ المبيعُ قبلَ التَّسليمِ فالهلاكُ يكونُ على البائعِ، يعني يَسقطُ الثَّمنُ ويَنفسخُ العقدُ، ولو كانَ الثَّمنُ مُؤجَّلًا يجبُ تسليمُ المبيعِ للحالِ؛ لأنَّه هو الذي أسقطَ حقَّ نفسه بالتَّأجيلِ فلا يَسقطُ حقُّ الآخَرِ، وإنْ أجَّلَ الثَّمنَ إلَّا دِرهمًا لهُ أنْ يحبسَ كلَّ المبيعِ؛ لأنَّ حقَّ الحبسِ ممَّا لا يتجزَّأُ، فكذا إذا أوفَى جميعَ الثَّمنِ إلَّا درهمًا، أو أبرَأهُ عَنِ الثَّمنِ إلَّا دِرهمًا، وكذا في الرَّهنِ إذا قبضَ[1] الدَّيْنَ كلَّه أو أبرأهُ إلاَّ دِرهمًا، فإنَّه يحبِسُ كلَّ الرَّهنِ حتى يصلَ إليه الباقي.

ولو دفعَ المشتري إلى البائعِ بالثَّمنِ رهنًا، أو كَفَلَ به كفيلًا لا يسقطُ حقُّ الحبسِ؛ لأنَّ هذا وثيقةٌ بالثَّمنِ، فلا يبطلُ حقُّه عَنْ حبسِ المبيعِ لاستيفاءِ الثَّمنِ.

ولو أحالَ البائعُ رجلًا على المشتري بالثَّمنِ وقَبِلَ، سقطَ حقُّ الحبسِ، وكذلكَ إذا أحالَ المشتري البائعَ على رجلٍ، وهذا عند أبي يوسفَ، وعند محمَّدٍ فيه روايتانِ، في روايةٍ كما قال أبو يوسفَ، وفي روايةٍ: إذا أحالَ البائعُ رجلًا على المشتري سقطَ حقُّ الحبسِ، وإذا أحالَ المشتري البائعَ على رجلٍ لم يسقطْ حقُّ الحبسِ، وهي مسألةُ كتابِ الحوالةِ.

ولو أتلفَ المشتري المبيعَ في يدِ البائعِ، صارَ قابضًا للمبيعِ، وتقرَّرَ عليه الثَّمنُ، وكذلكَ إذا قطعَ يدَهُ أو شَجَّ رأسَهُ، وكلُّ تصرُّفٍ نَقصَ منه شيئًا، وكذلك لو فعلَهُ البائعُ بإذنِ المشتري؛ لأنَّ أمْرَهُ بالإتلافِ في مِلْكِهِ صحيحٌ، وصارَ فعلُهُ منقولًا إليه حُكمًا، كأنَّه فعلَ بنفسِهِ، ولو أعتقَ المشتري العبدَ وهو في يدِ البائعِ يكونُ قبضًا؛ لأنَّه إتلافٌ.

ولو زوَّجَ الأمَةَ المَبيعةَ قبلَ القبضِ، القياسُ أنْ يصيرَ قابضًا؛ لأنَّ التزويجَ عيبٌ

---

(١) في «أ» و«س»: (قضى).

في الجواري، وهو قول أبي يوسفَ، وفي الاستحسانِ لا يكونُ قبضًا؛ لأنَّه ليس بعيبٍ حقيقةً، فإنْ أقرَّ المشتري بالدَّيْنِ على العبدِ المبيعِ قبلَ القبضِ لا يكونُ قبضًا؛ لأنَّه تعييبٌ حُكميٌّ.

ولو زوَّجها المشتري ووطِئَهَا الزَّوجُ في يدِ البائعِ يكونُ قبضًا في قولهم؛ لأنَّ وطءَ الزَّوجِ بإذنِ المشتري بمنزلةِ وطءِ المشتري[1].

ولو أودعَ البائعُ المبيعَ عند المشتري أو أعارَهُ منه، ففي المشهورِ من الرِّوايةِ أنَّه يَسقُطُ حقُّ الحبسِ، وليسَ له أنْ يستردَّهُ؛ لأنَّ الإيداعَ والإعارةَ مِنَ المالكِ لا يَصحُّ، فيكونُ هذا تسليمًا بحكمِ البيعِ، فيَسقُطُ حقُّ الحبسِ.

ولو أودعَ المشتري مِنَ البائعِ أو أعارَهُ منه لم يكنْ ذلكَ قَبضًا؛ لأنَّ للبائعِ حقَّ الحبسِ بطريقِ الأصالَةِ، فلا يصحُّ أنْ يَصيرَ نائبًا عَنْ غيرِهِ.

ولو أودَعَ المشتري عند أجنبيٍّ، وأمرَ البائعَ بالتَّسليمِ إليه أو أعارَهُ، يصيرُ قابضًا؛ لأنَّ يدَ أمينِهِ كيَدِهِ.

ولو جنى رجلٌ على المبيعِ، فاتَّبعَ المشتري الجانيَ وأخذَ الأرشَ، فإنَّهُ يسقطُ حقُّ الحبسِ، ويَصيرُ قابضًا، حتى لو هلكَ يكونُ الهلاكُ على المشتري، ويصيرُ الجاني كأنَّهُ فعلَهُ بأمرِه، وهذا قول أبي يوسفَ، وقال محمَّدٌ: لا يصيرُ قابضًا، وبقي في ضمانِ البائعِ، ويُؤمرُ البائعُ بالتَّسليمِ إليه.

هذا الذي ذكرنا إذا كان المبيعُ في يدِ البائعِ.

فأمَّا إذا كانَ في يدِ المشتري فباعَهُ المالِكُ منه، إنْ كانَ في يدِه غَصبًا يَصيرُ قابضًا بنفسِ الشِّراءِ، ولا يحتاجُ إلى تجديدِ القبضِ، حتى لو هلكَ قبلَ أنْ يتمكَّنَ مِنْ قبضِهِ

(١) زيد في «س»: (ولو وطئ المشتري يصير قابضًا لإثبات يده عليها).

حقيقةً، فإنَّه يَهلكُ على المشتري؛ لأنَّ ضمانَ الغصبِ ضمانُ العينِ، نظيرُ ضمانِ البيعِ[١]، فيكونُ مِنْ جنسهِ، فينوبُ قبضُ الغصبِ عنْ قبضِ المبيعِ.

ولو باعَ الرَّاهنُ المرهونَ مِنَ المرتهِنِ وهو في حبسه، لا يصيرُ قابضًا بنفسِ الشِّراءِ ما لم يتجدَّدِ القبضُ، بأنْ يُمكَّنَ مِنْ قبضِهِ حقيقةً، بأنْ كانَ حاضرًا في مجلسِ الشِّراءِ، أو يَذهبَ إلى بيته ويَتمكَّنَ مِنْ قبضه؛ لأنَّ قبضَ الرَّهنِ قبضُ أمانةٍ، وإنَّما يسقطُ الدَّيْنُ بهلاكِهِ[٢] لا لكونِهِ مضمونًا، ولكنْ لمعنًى آخَرَ يُعرَفُ في موضعِهِ.

وقبضُ الأمانةِ لا ينوبُ عنْ قبضِ الشِّراءِ، وكذلكَ إذا كان في يدِهِ أمانةٌ مِثلُ الوديعةِ والعاريةِ والإجارةِ ونحوها، لم يدخلْ في ضمانِ المشتري إلَّا أنْ يتمكَّنَ مِنْ قَبضٍ جديدٍ؛ لأنَّ قبضَ الأمانةِ لا ينوبُ عنْ قبضِ ضمانِ ثمنِهِ.

ولو أنَّ المشتري قبضَ المبيعَ بغيرِ إذنِ البائعِ قبلَ نَقدِ الثَّمنِ، فللبائعِ أنْ يستردَّهُ حتى يُعطيَهُ الثَّمنَ؛ لأنَّ للبائعِ حقُّ الحبسِ حتى يستوفيَ الثَّمنَ، وقد أبطلَ حقَّهُ بالأخذِ فعليه الإعادةُ، كالرَّاهنِ إذا أخذَ المرهونَ مِنْ يدِ المُرتَهِنِ، له أنْ يُعيدَهُ إلى يدِهِ لما قُلنا.

ولو قبضَ بغيرِ إذنِ البائعِ بعدَ نقدِ الثَّمنِ ليس له أنْ يستردَّهُ؛ لأنَّهُ بطلَ حقُّ الحبسِ بإيفاءِ الثَّمنِ، فيكونَ قبضًا بحقٍّ.

ولو أنَّ المشتريَ قبضَهُ بغيرِ إذنِ البائع قبلَ إيفاءِ الثَّمنِ ثم تصرَّفَ في المبيعِ بغيرِ إذنِ البائعِ، إنْ كانَ تصرُّفًا يَحتمِلُ الفسخَ كالبيعِ والهبةِ والإجارةِ والرَّهنِ ونحوها، فللبائعِ أنْ يستردَّهُ، وتبطلُ تلكَ التَّصرُّفاتُ كلُّها؛ لأنَّ حقَّ الحبسِ قائمٌ.

فأمَّا إذا تصرَّفَ تصرُّفًا لا يحتملُ الفسخَ كالإعْتَاقِ والتَّدبيرِ والاستيلادِ فإنَّه لا

---

(١) في «أ»: (المبيع).

(٢) سقط من «ز» و«س»: (بهلاكه).

يستردُّ؛ لأنَّه لا يبقى حقُّ الحبسِ(١)، لأنَّ المشتري تَصرَّفَ في مِلْكِه تصرُّفًا لا يحتملُ الرَّدَّ فنفَذَ(٢)، كالرَّاهِنِ إذا أعتقَ، وحَبْسُ الحرِّ أو الحرَّة مِنْ وجهٍ لا يجوزُ، فلا فائدةَ في بقاءِ حقِّ الحبسِ، واللهُ أعلمُ.

❁ ❁ ❁

(١) في «ز»: (الفسخ).

(٢) في «ز»: (فيفسد).

باب البيع الفاسد
وما يملك به وما لا يملك به

في البابِ فصلانِ:

- أحدُهما في بيان أنواع البيوعِ الفاسدةِ.

- والثاني بيانُ حكمِها.

أما الأول فنقولُ البيوعُ الفاسدةُ أنواعٌ:

منها أنْ يكونَ المَبيعُ مجهولًا، أو الثمنُ مجهولًا جَهالةً توجبُ المُنازعةَ؛ لأنَّها مانعةٌ مِنَ التسليم والتسلُّم، وبِدونِها يكونُ البيع فاسدًا؛ لأنَّه لا يُفيدُ مقصودَه.

بيانُه إذا اشترى شاةً مِنْ قطيعٍ، أو اشترى أحدَ الأشياءِ الأربعةِ بِكذا على أنَّه بالخِيار بينَ أنْ يأخذَ منها واحداً ويَرُدَّ البواقي، أو اشترى أحدَ الأشياءِ الثلاثةِ أو أحدَ الشيئَينِ ولمْ يَذكُرْ فيه الخِيارَ لا يجوزُ، فأما إذا ذَكَرَ الثلاثَ أو الاثنينِ واشترطَ الخِيار لنفسِه بينَ أنْ يأخذَ واحداً منها ويَرُدَّ البواقي، هذا جائزٌ استحساناً اعتباراً بِشَرْطِ الخِيار ثلاثةَ أيام.

وهلْ يُشترَطُ فيه ذِكْرُ خِيارِ الشَّرطِ؟ اختلفَ المشايخُ فيه، والأصحُّ أنَّه لا يُشترَطُ.

وكذا إذا باعَ العبدَ بِمِئةِ شاةٍ مِن هذا القطيعِ ونحوِه لا يجوزُ لِجهالَةِ الثَّمَنِ.

فأما الجَهَالةُ التي لا تُفضِي إلى المُنازعَةِ فلا تَمنَعُ الجَوازَ، فإنَّه إذا باعَ قَفيزاً مِن صُبْرَةٍ[1] مُعَيَّنةٍ بِدراهمَ أو باعَ هذا العِدْلَ مِنَ الثيابِ بِكَذا ولا يَعرِفُ عَدَدَها، أو باعَ هذه الصُّبْرَةَ بِكذا ولا يَعلَمُ عَدَدَ القُفْزانِ، جازَ لِما ذكَرْنا.

---

(١) الصُّبْرَة: الطعام المجتمع كالكومة، انظر «لسان العرب» (صبر).

وعلى هذا إذا اشترى شيئًا لمْ يَرَهُ بأن اشترى فَرَساً مُجلّلًا، أو جاريةً مُتَنَقِّبَةً، أو كُرَّ حنطةٍ من هذا البيت، أو عَبدًا تُركيًّا في هذا البيت، فإنَّه يجوزُ إذا وُجِدَ كذلك، والمُشتري بالخِيار إذا رآه، وعندَ الشافعيِّ فاسدٌ[١].

ولو باعَ هذا العبدَ بقيمتِه فهو فاسدٌ؛ لأنَّ القيمةَ تُعرَفُ بالحَزْرِ والظَّنِّ، وكذا لو اشترى عِدْلَ[٢] زُطِّيٍّ[٣] أو جِرَابِ هَرَويٍّ بِقيمتِه لِما قُلنا.

ولو اشترى بِحُكمِ البائعِ أو المُشتري أو بِحُكمِ فلانٍ فهو فاسدٌ؛ لأنَّ الثَّمَنَ مجهولٌ.

ولو اشترى رجلٌ شَيئاً بألفِ درهمٍ إلا ديناراً، أو بِمئةِ دينارٍ إلا دِرهماً فهو فاسدٌ لأنَّ معناه إلا قَدْرَ قيمةِ الدِّينار، وهذه جهالةٌ مُفضِيَةٌ إلى المُنازعة.

ولو باعَ وقالَ: هو بالنَّسيئةِ كذا وبالنَّقدِ كذا فهو فاسدٌ؛ لأنَّ الثَّمَنَ مجهولٌ، وكذا لو قالَ: بِعتُ إلى أَجَلِ كذا أو كذا فهو فاسدٌ؛ لأنَّ الأجلَ مجهولٌ[٤]، ولو باعَ إلى الحَصَادِ والدِّياسِ[٥] أو إلى رجوعِ الحاجِّ وقدومِهِ فالبيعُ فاسدٌ على ما ذكرْنا في السَّلَم.

ولو باع عِدْلَ زُطِّيٍّ برأسِ مالِه أو بِرَقْمِه[٦] ولا يعلمُ المُشتري رأسَ مالِه ولا رَقْمَهُ فهو فاسدٌ؛ لأنَّ الثَّمَنَ مجهولٌ، فإنْ عَلِمَ بِرأسِ مالِه أو بِرَقْمِه في المجلسِ فإنَّه يعودُ البيعُ جائزاً استحساناً خلافاً لزفرَ كما قال في الحَصَادِ والدِّياسِ، أو بِشَرطِ الخِيار

(١) انظر: الحاوي الكبير (٥/ ١٤)، والتنبيه في الفقه الشافعي (ص: ٨٨)، ونهاية المطلب في دراية المذهب (٥/ ٦).

(٢) عَدْلُ الشيء بفتح العين مِثلُه من غير جنسه، وبالكسر مثله من جنسه، انظر «لسان العرب»، «التعريفات الفقهية» (عدل).

(٣) الزطُّ: جيل أسود من الناس من السند، انظر «لسان العرب» (زطط).

(٤) في «ز»: (فاسد).

(٥) الدِّياسِ والدراس: دوس الطعام لإخراج الحبِّ منه، انظر «لسان العرب» (دوس).

(٦) في حاشية «أ»: أي: بالثمن المكتوب عليه.

إلى شَهْرٍ، إلا أنَّ الفَرْقَ أنَّ هناكَ إذا رُفِعَ المُفسِدُ قبلَ مجيءِ الحَصَادِ والدِّياسِ وقبلَ مجيءِ اليوم الرابع يعودُ إلى الجَواز، سواءٌ كانَ في مجلسِ العَقْدِ أو بعدَ المجلس، وفي الرَّقْمِ شُرِطَ لانقلاب البَيعِ جائزاً ارتفاعُ المُفْسِدِ في المجلس.

ومنها أنْ يكونَ المَبيعُ مُحرَّماً أو ثَمَنُه، بأنْ باعَ الخَمْرَ أو الخِنزيرَ أو باعَ بهما فإنَّه لا يجوزُ.

وكذا المُحرِمُ إذا باعَ صَيداً مملوكاً أو اشترى بصيدٍ مملوكٍ؛ لأنَّ الحَرَامَ لا يصلُحُ مَبيعاً وثَمَناً، غير أنَّه إذا كانَ مَبيعاً يكونُ البيعُ باطلًا، وإذا كانَ ثَمَناً ينعقدُ البيعُ بالقيمةِ عندَنا بَيعاً فاسداً.

فأما إذا ذَكَرَ المَيتَةَ والدَّمَ ثَمَناً اختلفَ المشايخُ فيه[1].

ومنها إذا تَعَلَّقَ بالمَبيعِ حَقٌّ مُحترَمٌ للغَير لا يَملِكُ البائعُ إبطالَه، ويكونُ البيعُ فاسداً، نحو أنْ يَبيعَ الراهنُ المرهونَ، أو المُؤاجِرُ المُستأجَرَ، واختلفَت العِبارةُ في هذه المسألة في الكُتُبِ، ذُكِرَ في بعضِها أنَّ البَيعَ فاسدٌ، وفي بعضِها أنَّه موقوفٌ على إجازةِ المُرتَهِنِ والمُستأجِرِ وهو الصحيحُ، حتى إنَّ الراهنَ لا يقدِرُ على فَسْخِه، وكذلكَ المُؤاجِرُ، وكذلك المُرتَهِنُ والمُستأجِرُ لا يملِكان الفَسْخَ، ويملِكان الإجازةَ، وإذا انقضَتْ مُدَّةُ الإجارة أو افْتَكَّ الراهنُ الرهْنَ يثبتُ المِلكُ للمُشتري.

ومنها أنَّ المَبيعَ إذا لم يكُنْ مَقدورَ التسليمِ وَقْتَ العَقْدِ، مثلَ بيعِ الطَّيرِ الذي طارَ عن يدِه، أو العبدِ الآبِقِ واللُّقَطَةِ والمَغصوبِ، ولو قدرَ على التسليمِ في المجلسِ لا

(١) الضابط في تمييز البيع الفاسد من الباطل هنا أن أحد العوضين إذا لم يكن مالًا في دينٍ سماوي فالبيع باطل سواء كان مبيعا أو ثمنا، فبيع الميتة والدم والحر باطلٌ، وكذا البيع به، وإن كان في بعض الأديان مالًا دون البعض إن أمكن اعتباره ثمناً فالبيع فاسدٌ، انظر «حاشية ابن عابدين» (٥/ ٥٠).

يعودُ إلى الجَوازِ؛ لأنَّه وَقَعَ فاسِداً، وكذلك إذا جَعَلَه ثَمَناً لأنَّ الثَّمَنَ إذا كانَ عَيناً فهو مَبيعٌ في حقِّ صاحبِه، وعن الطحاويِّ أنَّه يعودُ جَائزاً.

ومنها أنْ يكونَ في المَبيعِ عُذرٌ مثلُ بيعِ السَّمَكِ في الماء، وهو لا يقدِرُ على تسليمِه بِدون الاصطيادِ والحِيلة، أو بيعِ الطَّيرِ في الهواء، أو بيعِ مالِ الغَيرِ قبلَ[1] أنْ يشتريَه فيُسَلِّمَه إليه؛ لأنَّه باعَ ما ليسَ بِمَملوكٍ له للحال، وفي ثبوتِه غَرَرٌ وخَطَرٌ.

ومنها بيعُ ما هو مملوكٌ له، لكنْ قبلَ القَبضِ وقد ذكرْنا تفصيلَه.

ومنها إدخالُ الشَّرطَين في بيعٍ، وذلك أنْ يقولَ: «إنْ أعطَيتَني حالًّا فَبِألفٍ، وإنْ أجَّلتَه شَهراً فَبِألفَينِ»، أو قالَ: «أبيعُكَ بِقَفِيزِ حِنطَةٍ» أو «بِقَفيزَيْ شَعيرٍ» فهو فاسدٌ، لِما رُوي عن النبي ﷺ «أَنَّهُ نَهَى عَنِ الشَّرْطَيْنِ فِي بَيعٍ»[2].

ومنها بيعُ الأتباعِ والأوصافِ مَقصوداً، وذلك نحوَ بيعِ الألْيَةِ مِنَ الشَّاةِ الحَيَّةِ والذِّراعِ والرَّأسِ ونحوِها، وكذا بيعُ ذراعٍ مِنَ الثوبِ لأنَّه تَبَعٌ، ولا يُمكِنُ تَسليمُه إلا بِضَرَرٍ، وهو ذبحُ الشَّاةِ وقطعُ الثوبِ، وكذلك بيعُ جِذْعٍ مِنْ سَقْفٍ، ولكنْ إذا نُزِعَ مِنَ السقفِ وسَلَّمَه جازَ، فأما إذا باعَ قَفيزاً مِنْ صُبْرَةٍ، أو باعَ عَشَرَةَ دراهمَ مِنْ نُقْرَةٍ ونحوِها جازَ؛ لأنَّه ليسَ في التبعيضِ ضَرَرٌ، وهو ليس بِبَيعٍ أيضًا، لأنَّ القَدْرَ أَصْلٌ في المُقَدَّرات بِخلافِ الذَّرْعِ في الذَّرْعيَّات.

ومنها بيعُ المعدومِ الذي انعقدَ سَبَبُ وجودِه أو ما هو على خَطَرِ الوجود، كَبَيعِ المضامينِ والمَلاقِيحِ ونِتاجِ الفَرَسِ، لِما رُوي عن النبي ﷺ «أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ المَضَامِينِ وَالمَلَاقِيحِ وَبَيعِ حَبَلِ الحَبَلَةِ»[3].

---

(١) في «ز»: (على).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٠٤)، والترمذي (١٢٣٤)، والنسائي (٤٦٣٠) من حديث عبدالله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما، وقال الترمذي: «حسنٌ صحيحٌ».

(٣) أخرجه عبد الرزاق في «المصنف» (١٤١٣٨) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما بسند صحيح. =

ومنها أنْ يُشترطَ الأجَلُ في المَبيع العَين، أو في الثَّمَنِ العَين؛ لأنَّ الأجَلَ في الأعيان لا يُفيدُ ولا يصِحُّ العَقْد، فيكونُ شَرطاً لا يقتضيه العَقْدُ فيَفسُدُ البيعُ.

فأما في الثَّمَنِ الدَّينِ فإنْ كانَ الأجَلُ معلوماً جازَ، وإنْ كانَ مجهولًا لا يجوزُ على ما مَرَّ ذِكْرُه.

ومنها البيعُ بِشَرطٍ، وهو أنواعٌ:

إنْ شَرَطَا شَرْطَاً يقتضيه العَقْدُ بِأنِ اشترى شيئاً بِشَرطِ أنْ يُسَلِّمَ البائعُ المَبيعَ أو يُسَلِّمَ المُشتري الثَّمَنَ، أو بِشَرطِ أنْ يملِكَ المَبيعَ أو الثَّمَنَ، فالبيعُ جائزٌ، لأنَّ هذا شَرْطٌ مَقرِّرٌ لِموجَبِ العَقْدِ، فإنَّ ثبوتَ المِلكِ والتسليمِ والتسَلُّمِ مِنْ مُقتضى المُعاوضةِ.

وإنْ شَرَطَا شَرْطَاً لا يقتضيهِ العَقْدُ ولكنْ وَرَدَ الشَّرْعُ بِجَوازِه، كالأجَلِ والخِيارِ رُخصَةً وتَيسيراً فإنَّه لا يفسُدُ العَقْدُ؛ لأنَّه لمَّا وَرَدَ الشَّرْعُ به دلَّ أنَّه مِنْ بابِ المَصلَحَةِ دونَ المَفسَدَة، وهذا جوابُ الاستحسانِ، والقياسُ أنْ يَفسُدَ لِكَونِه شَرْطَاً مُخالِفَاً لِموجَبِ العَقْدِ، وهو ثبوتُ المِلكِ في الحالِ في العِوَضَينِ مَعَاً، ولكنْ أخَذْنَا بالاستحسانِ لِلحديثِ الوارد في باب الخِيار[1].

وإنْ شَرَطَا شَرْطَاً لا يقتضيهِ العَقْدُ ولمْ يَرِد الشَّرْعُ به أيضاً لكنَّه يُلائمُ العَقْدَ ويوافِقُه، وذلكَ نحوَ أنْ يشتريَ شَيئاً بِشَرطِ أنْ يُعطيَ البائعَ كَفيلًا بالثَّمَنِ أو رَهناً بالثَّمَنِ.

= وأخرجه الطبرانيُّ في «الكبير» (١١٥٨١) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما بسند فيه ضعف.

وأخرج البخاري (٢١٤٣) ومسلم (١٥١٤) عن ابن عمر رضي الله عنهما: «أنَّ النبي ﷺ نهى عن بيع حَبَل الحَبلة».

والمضامينُ: ما في أصلاب الإبل، والملاقيحُ: ما في بطونها، وحَبَلُ الحَبَلة: ولَد ولَد هذه الناقة، انظر «الدراية» لابن حجر (٢/ ١٤٩)، «البناية شرح الهداية» (٨/ ١٤٨).

(١) سيأتي ذكره في باب خيار الشرط (ص٦٤).

وهذا على وجهَين، إما أنْ يكونَ الكفيلُ أو الرَّهنُ معلوماً بالإشارة والتسميةِ أو لم يكُنْ معلوماً، فإنْ لم يكُنْ معلوماً بأنْ قالَ: «أبيعُكَ بِشَرْطِ أنْ تُعطيَني رَهناً بالثَّمَنِ» ولم يُسَمِّ رَهناً ولا أشارَ إليه، أو قال: «بِشَرْطِ أنْ تُعطيَني كَفيلًا بالثَّمَنِ» ولم يُسَمِّ إنساناً، ولا أشارَ إلى إنسانٍ، كانَ البيعُ فاسداً؛ لأنَّ هذه جَهالَةٌ تُفضي إلى مُنازَعَةٍ مانعةٍ عن التسليم والتسَلُّم.

وأما إذا كانَ معلوماً بالإشارة أو بالتسمية فالقياسُ ألَّا يجوزَ البيعُ، وبه أخَذَ زفرُ، وفي الاستحسان يجوزُ وهو قولُ علمائِنا وهو الصحيحُ؛ لأنَّ الرَّهنَ والكَفالَةَ بالثَّمَنِ شُرِعَا توثيقاً للثَّمَنِ، فيكونُ بِمنزلَةِ اشتراطِ الجَودَةِ في الثَّمَنِ، فيكونُ شَرْطاً مُقَرِّرًا لِما يقتضيه العَقْدُ مَعنىً.

ثم إنَّما يجوزُ البيعُ استحساناً في اشتراط الكَفالَةِ، إذا كانَ الكفيلُ حاضراً في المجلس وقَبِلَ، فأما إذا كانَ غائباً فإنَّه لا يجوزُ وإنْ بَلَغَه الخَبَرُ فَقَبِلَ؛ لأنَّ وجوبَ الثَّمَنِ في ذِمَّةِ الكفيلِ مُضافٌ إلى البيعِ، فيصيرُ الكَفيلُ بِمَنزِلَةِ المُشتري، إذا كانَتِ الكَفالَةُ مَشروطَةً في البيعِ، وحَضْرَةُ المُشتري في المجلسِ شَرْطٌ لِيَصِحَّ الإيجابُ مِنَ البائعِ، ولا يتوقفُ إلى ما وراءَ المجلسِ، فكذلكَ حَضْرَةُ الكَفيلِ بخلافِ الرَّهنِ، فإنَّ حَضْرَتَه ليستْ بِشَرْطٍ في المجلسِ؛ لأنَّ الرَّهْنَ مِنَ المُشتري وهو حاضرٌ والتزَمَ الرَّهنَ فالرَّهنُ صحيحٌ(١).

ثم في الرَّهن ما لم يُسَلِّم المُشتري الرَّهنَ إلى البائع لا يثبُتُ فيه حُكمُ الرَّهنِ، وإنِ انعقدَ عَقْدُ الرَّهنِ بذلك الكلام؛ لأنَّ الرَّهنَ لا يثبُتُ في حقِّ الحُكمِ إلا بالقَبْضِ على ما عُرِفَ، فإنْ سَلَّمَ الرَّهنَ مضى العَقْدُ على ما عَقَدَا.

فإنْ امتنعَ عن التسليم لا يُجبَرُ على التسليمِ عندَنا، وعندَ زفرَ يُجبَرُ، لكنْ عندَنا يقال للمُشتري إما أنْ تدفعَ الرَّهنَ أو قيمتَه أو تدفعَ الثَّمَنَ أو تَفسَخَ البيعَ؛ لأنَّ البائعَ ما

(١) سقط من «ز» و«س»: (فالرهن صحيح).

رَضِيَ بوجوبِ الثَّمَنِ في ذِمَّةِ المُشتري إلا بِوَثِيقةِ الرَّهنِ، وفي هذه الوجوهِ وَثيقةٌ، فإنْ لم يَفعَل المُشتري شيئاً منْ ذلك فلِلبائعِ أنْ يَفسَخَ البيعَ؛ لأنَّه فاتَ غَرَضُه فلا يكونُ العَقْدُ لازِماً، فَلَه أنْ يَفسَخَ.

وقالوا في البيعِ إذا شُرِطَ فيه رَهْنٌ مجهولٌ حتى فَسَدَ البيعُ ثم اتفقا على تَعيينِ رَهْنٍ في المجلس فإنَّه يجوزُ العَقْدُ، وإنْ افترقا عن المجلسِ تقَرَّرَ الفَسادُ؛ لأنَّ تمامَ القَبولِ تَوقَّفَ على الرَّهنِ المَشروطِ في العَقْدِ، ألا تَرَى أنَّ المُشتريَ لو قال للبائع: «قَبِلْتُ الثَّمَنَ بِغَيرِ رَهْنٍ» فإنَّه لا يصحُّ البيعُ؟ فإذا لم يوجد الرَّهنُ لم يوجَد القَبولُ مَعنىً، فإذا عَيَّنا في المجلس جَازَ؛ لأنَّ المجلسَ بمنزلةِ حالةٍ واحدةٍ، فصارَ كأنَّه قبلَ العَقْدِ في آخرِ المجلس، وإنْ افترَقا بَطَلَ، وعلى هذا إذا قالَ المُشتري في الرَّهْنِ المَجهول: «أنا أعطي الثَّمَنَ»، لم يَفسُد العَقْدُ؛ لأنَّ الغَرَضَ مِنَ الرَّهْنِ هو الوصولُ إلى الثَّمَنِ وهو حاصِلٌ، فَسَقَطَ اعتبارُ الوثيقة.

ولو شَرَطَ البائعُ في البيعِ أنْ يُحيلَه المُشتري بالثَّمَنِ على غَريمٍ مِنْ غُرَمَائِه، فهذا على وجهَين: إنْ باعَ بِشَرْطِ أنَّه يُحيلُ بِجميعِ الثَّمَنِ فالبيعُ فاسدٌ؛ لأنَّه يصيرُ بائِعاً بِشَرْطِ أنْ يكونَ الثَّمَنُ على غير المُشتري وهو باطلٌ، فإنْ باعَ بِشَرْطِ أنْ يُحيلَ بِنِصفِ الثَّمَنِ على فلانٍ فهو جائزٌ إذا كانَ حاضِراً وقَبِلَ الحَوالةَ، كما إذا باعَ عَبداً مِنْ رَجُلٍ بِألفِ درهمٍ على أنْ يكونَ خَمسَمِئةٍ على فلانٍ وهو حاضرٌ فَقَبِلَ جازَ، كذا هذا.

ثم إذا كانَ الكَفيلُ والمُحْتالُ عليه غائِبَينِ عن المَجلسِ فَلَم يَحضُرا حتى افترقَ العاقِدان، فلا يصِحُّ البيعُ إلا بإيجابٍ مُبتدَأٍ؛ لأنَّ تمامَ العَقدِ تَوَقَّفَ على قَبولِ الكفيلِ والمُحتالِ عليه، فَجُعِلَ كأنَّ القبولَ لمْ يُوجَدْ مِنَ المُشتري في المجلِسِ، ولو حَضَرا في المجلسِ وقَبِلا جازَ، كما لو قَبِلا عندَ العَقْدِ؛ لأنَّ المجلسَ له حُكْمُ ساعةٍ واحدةٍ.

ولو شَرَطَ المُشتري في البيعِ على أن يُحيلَه البائعُ على غَريمٍ مِن غُرَمائِه بالثَّمَنِ لِيدفَعَ إليه، أو باعَ بِشَرطِ أنْ يَضمَنَ المُشتري لِغَريمٍ مِن غُرَمائِه بالثَّمَنِ فالبيعُ فاسدٌ؛

لأنَّ شَرْطَ الضَّمانِ والحَوالَةِ خلافُ شَرْطِ الكَفالَةِ والرَّهْنِ، لأنَّ ثَمَّ صارَ بِمَنزِلَةِ اشتراطِ صفةِ الجَودَةِ في الثَّمَنِ، لِكَونه توكيداً للثَّمَنِ وتَوثيقاً إياه، وشَرْطُ الضَّمانِ هاهنا ليسَ بِصِفةٍ للثَّمَنِ، بل هو شَرْطٌ فيه مَنفَعَةٌ للعاقِدِ، والعَقْدُ لا يَقتَضيه؛ فَفَسَدَ البيعُ.

وإذا شَرَطَا شَرْطًا لا يَقتضيه العَقْدُ ولا يُلائِمُه ولِأحدِهما فيه مَنفعةٌ، إلا أنَّه مُتعارَفٌ بأن اشترى نَعلًا وشِرَاكًا على أنْ يَحذوَه البائعُ جازَ استحسانًا، والقياسُ ألَّا يجوزَ وهو قولُ زفرَ، ولكنْ أخذْنا بالاستِحسان لِتعارُفِ النَّاس كما في الاستِصناعِ.

ولو شَرَطَا شَرْطًا لا يَقتضيه العَقْدُ ولا يُلائِمُه وليسَ بِمُتعارَفٍ وفيه مَنفعةٌ لأحدِ المتعاقدَين، بأن اشترى حِنطةً على أنْ يَطحَنَها البائعُ، أو ثَوبًا على أنْ يَخيطَه البائعُ، أو اشترى حِنطةً على أنْ يترُكَها في دارِ البائعِ شَهراً ونحوَ ذلكَ فالبيعُ فاسدٌ.

وهذا كلُّه مذهبُ علمائِنا.

وقال ابنُ أبي ليلى بأنَّ البيعَ جائزٌ، والشَّرْطَ باطلٌ.

وقال ابنُ شُبْرُمَةَ بأنَّ البيعَ جائزٌ والشَّرْطَ جائزٌ.

والصحيحُ قولُنا؛ لأنَّ اشتراطَ المَنفعَةِ الزَّائِدَةِ في عَقْدِ المُعاوضَةِ لأحِدِ المُتعاقدَين في بابِ الرِّبا شُبْهَةُ الرِّبا، وشُبهةُ الرِّبا مُلحَقَةٌ بِحقيقةِ الرِّبا في بابِ البيعِ احتياطًا.

ولو شَرَطَا شَرْطًا فيه ضَرَرٌ لأحدِ المُتعاقدَين، بأنْ باعَ ثَوبًا أو حَيَوانًا سوى الرَّقيقِ بِشَرْطِ ألَّا يَبيعَه ولا يَهَبَه، ذَكَرَ في المُزارَعَةِ الكبيرة ما يَدُلُّ على أنَّ البيعَ بهذا الشَّرْطِ لا يَفسُدُ، فإنَّه ذكرَ أنَّ أحدَ المُزارِعَينِ يَشترطُ في المُزارَعَةِ على ألَّا يَبيعَ الآخَرُ نَصيبَه أو لا يَهَبَه، فإنَّ المُزارَعَةَ جائزةٌ، والشَّرْطُ باطلٌ؛ لأنَّه ليسَ لأحدِ المُتعاقدَينِ فيه مَنفَعَةٌ، وهكذا ذكرَ الحَسَنُ في «المُجَرَّد»، ورُويَ عن أبي يوسفَ في «الأمالي»، وهو قولُه: إنَّ البيعَ بِمثلِ هذا الشَّرْطِ فاسدٌ، والصحيحُ هو الأولُ.

ولو باعَ جاريةً بِشَرْطِ أنْ يَطَأَها المُشتري أو لا يَطَأَها لم يذكرْ في ظاهر الرواية:

ـ ورُويَ عن أبي حنيفةَ أنَّه قالَ: البيعُ فاسدٌ في الموضعَينِ.

ـ ورُويَ عن محمدٍ أنَّه قالَ: لا يفسُدُ في الموضعَينِ.

ـ وعن أبي يوسفَ أنَّه قالَ: إنْ باعَ بِشَرْطِ أن يَطَأَها فالبيعُ جائزٌ، وإنْ باعَ بِشَرْطِ ألَّا يَطَأَها فالبيعُ فاسدٌ.

والحاصلُ أنَّ البيعَ بِشَرْطِ أنْ يَطَأَها فاسدٌ عندَ أبي حنيفةَ وعندَهما جائزٌ؛ لأنَّ إباحةَ الوَطءِ حُكمٌ يَقتَضيه العَقْدُ، فَصارَ كما لو اشترى طَعاماً بِشَرْطِ أنْ يَأكُلَه ونحوِ ذلك، وأبو حنيفةَ يقولُ: بأنَّ هذا شَرْطٌ لا يَقتَضيه العَقْدُ، فإنَّه لو صَحَّ الشَّرْطُ كانَ حُكمُه وجوبَ الوَطءِ، والبيعُ لا يَقتَضيه، وفيه نَفْعٌ للمَعقودِ عليه وهو مِنْ أهلِ استحقاقِ الحَقِّ على مَولاه في الجملة، فإنَّه يَستَحِقُّ النَّفَقَةَ عليه بِخلافِ ما إذا باعَ حَيَواناً بِشَرْطِ أنْ يَعلِفَه؛ لأنَّه ليسَ مِن أهلِ استحقاقِ الحَقِّ على مالِكِه.

وأما البيعُ بِشَرْطِ ألَّا يَطَأَها قالَ أبو حنيفةَ وأبو يوسفَ: البيعُ فاسدٌ، وعلى قولِ محمدٍ جائزٌ، وهو قياسُ ما روى أبو يوسفَ عنه في «الأمالي» إذا باعَ طعاماً بِشَرْطِ ألَّا يأكُلَ أو لا يبيعَ أنَّ البيعَ فاسدٌ، فأما على قياس ما ذكرَ في المُزارعةِ الكَبيرةِ يجبُ أنْ يكونَ الجوابُ على قَول أبي حنيفةَ في هذه المسألةِ مثلَ قولِ محمدٍ.

ولو اشترى عَبداً بِشَرْطِ أنْ يُعتِقَه المُشتري قالَ علماؤنا بأنَّ البيعَ فاسدٌ، حتى لو أعتَقَه المُشتري قبلَ القَبْضِ لم يَنفُذْ عِتقُه، وإنْ أعتَقَه بعدَ القَبْضِ عَتَقَ، فانقلبَ العَقْدُ جائزاً استحساناً في قَولِ أبي حنيفةَ، حتى يجبُ عليه الثَّمَنُ.

وقال أبو يوسفَ ومحمدٌ لا ينقلبُ العَقْدُ جائزاً إذا أعتَقَه، حتى يجبُ عليه قيمةُ العَبْدِ، ورُويَ عن أبي حنيفةَ مثلُ قولِهما.

وقالَ الشافعيُّ في أحَدِ قولَيه بِأنَّ البيعَ بهذا الشَّرْطِ جائزٌ(١)، وقد روى أبو يوسفَ عن أبي حنيفةَ مثلَه.

والصحيحُ قولُ أبي حنيفةَ؛ لأنَّ هذا شَرْطٌ يُلائمُ العَقْدَ مِنْ وَجْهٍ دونَ وَجْهٍ، مِنْ حيثُ إنَّ الإعتاقَ إزالةُ المِلكِ يكونُ تَغييراً لِحُكمِ العَقْدِ، ومِنْ حيثُ إنَّه إنهاءٌ للمِلكِ يكونُ مُلائماً لأنَّه تقريرٌ، فَقُلنا بِفَسادِ البيعِ في الابتداء وبالجَوازِ في الانتهاءِ عَمَلًا بالدليلَين، وبالعكسِ لا يكونُ عَملًا بِهِما؛ لأنَّا نَجِدُ فاسِداً ينقلبُ جائزاً كما في بَيعِ الرّقمِ، ولكنْ لم نَجِدْ جائزاً ينقلِبُ فاسداً، فكانَ الوَجْهُ الأولُ أولى.

ولو باعَ بِشَرْطِ التدبيرِ والكتابةِ، وفي الأَمَةِ بِشَرْطِ الاستيلادِ فالبيعُ فاسدٌ، ولا ينقلبُ إلى الجَوازِ عندَ وجودِ الشَّرْطِ؛ لأنَّ هذا شَرْطٌ لا يلائمُ البيعَ، لأنَّه لا يُثبِتُ إنهاءَ المِلكِ هاهنا بِيَقينٍ، لاحتمال أنَّ القاضيَ يقضي بالجوازِ في التدبيرِ والاستيلادِ فلا يَتَقَرَّرُ حُكمُه.

ولو اشترى(٢) الثِّمارَ على الأشجارِ والزُّروعَ المَوجودةَ(٣) هل يكونُ البيعُ فاسداً؟ فهذا لا يَخلو مِنْ وجوهٍ، إما إنْ كانَ قَبْلَ الإدراكِ أو بَعدَه بِشَرْطِ القَطْعِ أو بِشَرْطِ التَّرْكِ:

فإنْ كانَ قبلَ الإدراك إنْ كانَ بِشَرْطِ القَطْعِ جازَ، وإن اشترى مُطلَقَاً جازَ.

وقالَ الشافعيُّ: إن اشترى بِشَرْطِ القَطْعِ جازَ، وإن اشترى مُطلَقَاً لا يجوزُ؛ لأنَّه صارَ شارِطَاً للتَّرْكِ دلالةً(٤).

---

(١) انظر: اللباب في الفقه الشافعي (ص: ٢٣٩)، ونهاية المطلب في دراية المذهب (٥/ ٣٧٧)، والتهذيب في فقه الإمام الشافعي (٣/ ٥١٥-٥١٦).

(٢) في «ز»: (باع)

(٣) زيد في «أ»: (بشرط الترك).

(٤) انظر: المهذب في فقة الإمام الشافعي للشيرازي (٢/ ٤٤)، والشرح الكبير للرافعي (١٠/ ١٨)، والغاية في اختصار النهاية (٣/ ٢٢٣).

ولكنَّ الصحيحَ قولُنا؛ لأنَّه اشترى ما هوَ مالٌ، وإنْ كانَ لا يتكامَلُ الانتفاعُ به بِمَنزِلةِ شِراءِ الجَحْشِ، والكلامُ المُطلَقُ لا يُحمَلُ على المُقيَّدِ، خُصوصاً إذا كان في ذلك فسادُ العَقْدِ.

فأما إذا باعَ بِشَرْطِ التَّرْكِ فهو فاسدٌ بلا خِلافٍ بينَ أصحابِنا؛ لأنَّه شَرْطٌ فيه مَنفَعَةٌ للمُشتري، فصارَ كما لو اشترى حِنطَةً بِشَرْطِ أنْ يَترُكَها في دار البائعِ شَهراً.

هذا إذا باعَ قبلَ أنْ يَبدوَ صَلاحُها.

وأما إذا باعَ بعدَ بُدُوِّ صَلاحِها مُطلقاً أو بِشَرْطِ القَطْعِ جازَ.

ولو باعَ بِشَرْطِ التَّرْكِ لا يجوزُ عندَ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ، وقال محمدٌ: إنْ تناهى عِظَمُها جازَ، وإنْ لمْ يَتَناهَ عِظَمُها لا يجوزُ؛ لأنَّ الناسَ تعامَلوا ذلكَ مِنْ غَيرِ نكيرٍ، والصحيحُ قولُهما؛ لأنَّ هذا شَرْطٌ فيه مَنفَعَةٌ للمُشتري، والعَقْدُ لا يَقتضيه، والتعامُلُ لمْ يكُنْ بِشَرْطِ التَّرْكِ، ولكنَّ الإذْنَ مُعتادٌ بلا شَرْطٍ في العَقْدِ.

ولو اشترى مُطلقاً ثِمارًا وتَرَكَها على النَّخْلِ مِنْ غَيرِ شَرْطِ التَّرْكِ ولمْ يَتَناهَ عِظَمُها، فإنْ كانَ ذلكَ بِإِذْنِ البائعِ جازَ، وطابَ له الفَضْلُ، وإنْ كانَ بِغَيرِ إِذْنِ البائعِ تَصَدَّقَ بما زادَ على ما كانَ عندَ العَقْدِ؛ لأنَّه حصلَ مِنْ وَجهٍ بسببٍ محظورٍ.

وإنْ أخرجَ النَّخلُ والشَّجَرُ في مُدَّةِ التَّرْكِ ثمرةً أخرى فذلك كُلُّه للبائع، سواءٌ كانَ التَّرْكُ بإذنِه أو بغَير إذنِه، فإنْ جَلَّلَها منه البائعُ جازَ؛ لأنَّ هذا الحادثَ لمْ يقَعْ عليه العَقْدُ، وإنَّما هو نَماءُ مِلك البائعِ، فيكونُ له.

فإن اختلطَ الحادثُ بالموجودِ وقتَ العَقْدِ بحيثُ لا يُمكنُ التميزُ بينَهما، فإنْ كانَ قبلَ أنْ يُخَلِّيَ البائعُ بينَ المُشتري والثِّمارِ فسَدَ البيعُ؛ لأنَّ المبيعَ صارَ مَجهولًا بحيثُ يَتَعَذَّرُ تَسليمُه حالَ وجوبِ التسليم، والعجزُ عن التسليم مُفسِدٌ للبيعِ.

وإنْ كانَ ذلكَ بعدَ التَخْليَةِ لمْ يَفسُد البيعُ، وكانتِ الثَّمَرةُ بينَهما، والقَولُ في الزِّيادةِ قَولُ المُشتري؛ لأنَّ البيعَ قد تمَّ بعدَ القَبْضِ.

فأما إذا اشترى ثَمَرَةً قد تناهى عِظَمُها وتَرَكَها على الشجرةِ بِغَيرِ إذنِ البائعِ لم يَتَصَدَّقْ بشيءٍ؛ لأنَّها لا تزيدُ بعدَ التناهي، بل تَنقُصُ، فلم تحصُلْ له زيادةٌ بسببٍ محظورٍ.

فأما في الزرعِ فالنَّماءُ يكونُ للمُشتري طَيِّباً وإنْ تَرَكَه بِغَيرِ إذنِه؛ لأنَّه نَماءُ مِلكِ المُشتري، لأنَّ السَّاقَ مِلكُه، حتى يكونُ التِّبْنُ له بخلافِ الشَّجَرِ.

فأما الزُّروعُ التي يوجَدُ بعضُها بعدَ وجودِ بعضٍ كالبَاذِنْجانِ والبِطِّيخِ والكُرَّاثِ ونحوِها:

- قال أصحابُنا: يجوزُ بيعُ ما ظهرَ منها مِنَ الخارجِ الأول، ولا يجوزُ بيعُ ما لم يَظْهَرْ؛ لأنَّه بيعُ معدومٍ.

- وقال مالكٌ: إذا ظَهَرَ الخارجُ الأولُ جازَ بيعُ الكُلِّ لأجلِ الضَّرورةِ(١).

إلا أنَّا نقولُ: لا ضَرورةَ، فإنَّه يُمكنُه بيعُ الأصلِ بما فيه مِنَ الثَّمَرِ فَيَصيرُ الأصلُ مِلكاً له، فبَعدَ ذلك ما تُوُلِّدَ مِنَ الأصلِ يحدُثُ على مِلكِه.

ومنها أن يشتريَ شَيئاً بِثَمَنٍ معلومٍ ثم يَبيعُه مِنَ البائعِ بأقلَّ ممَّا باعَه قبلَ نَقْدِ الثَّمَنِ، فإن باعَه بِجِنْسِ الثَّمَنِ الأولِ بأن اشتراه بِألفِ درهمٍ ثم باعَه منه بِخَمسِمِئةِ درهمٍ قبلَ نَقْدِ الثَّمَنِ فهو فاسدٌ عندَنا، وعندَ الشافعيِّ صحيحٌ(٢).

وإن كانَ بخلافِ جِنْسِ الثَّمَنِ الأولِ جازَ، والأصلُ فيه حديثُ عائشةَ ﵂ في قِصَّةِ زَيدِ بنِ أرقَمَ وهو معروفٌ(٣).

---

(١) انظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٣/ ١٧٥)، والفروق للقرافي (٣/ ٢٧٣).

(٢) انظر: حلية العلماء (٤/ ٢٨٧)، والمجموع شرح المهذب (١٣/ ٤)، وكفاية النبيه في شرح التنبيه (٩/ ٢٦٣).

(٣) أخرجه أبو يوسف في «الآثار» (٨٤٣)، وعبد الرزاق في «المصنف» (١٤٨١٢)، والدارقطني في «سننه» (٣٠٠٢)، وقد عزاه إلى الإمام أحمد ابن قدامة في «المغني» (٤/ ١٣٢)، وابن عبد الهادي في «تنقيح التحقيق» (٤/ ٦٩) وقال: «إسناده جيد»، وقد ساقوه مُسنداً، لكن لم يَنصُّوا على أنه في «مسند أحمد»، ولم نجده فيما بين أيدينا. =

ثم ما ذكرْنا مِنَ الشروطِ التي لو أدخَلَها في نفْسِ العَقْدِ يكونُ مُفسِدًا للعَقْدِ، إذا اعترضَ على العَقْدِ الصحيحِ هل يُفسِدُ العَقْدَ؟ عندَ أبي حنيفةَ يُفسِدُه، ويلتحقُ بأصلِ العَقْدِ بِمَنزِلَةِ اشتراطِ الخِيارِ في العَقْدِ الباتِّ والزيادَةِ والحَطِّ في الثَّمَنِ، وعندَهما لا يلتَحِقُ ويَبطُلُ الشَّرْطُ، والمسألةُ معروفةٌ.

وأما حُكْمُ البيعِ الفاسِدِ فنقولُ هذا على وجهَين:

إذا كانَ الفَسَادُ مِنْ قِبَلِ المبيعِ بِأنْ كانَ مُحَرَّماً نحوَ الخَمْرِ والخِنزيرِ وصيدِ الحَرَمِ والإحرامِ، فالبيعُ باطلٌ لا يُفيدُ المِلكَ أصلًا وإنْ قُبِضَ؛ لأنَّه لا يَثبُتُ المِلكُ في الخَمْرِ للمُسلِمِ، والبيعُ لا يَنعَقِدُ بِلا مبيعٍ.

وكذلكَ إذا باعَ المَيتَةَ والدَّمَ وكُلَّ ما ليسَ بِمالٍ مُتَقَوَّمٍ.

وكذلكَ إذا باعَ المُدَبَّرَ وأُمَّ الولدِ والمُكاتَبَ والمُستَسْعَى ونحوَ ذلك.

وكذلكَ الصَّيدُ الذي ذَبَحَه المُحرِمُ، أو صَيدُ الحَرَمِ إذا ذُبِحَ فإنَّه يكونُ مَيتَةً فلا يَجوزُ بَيعُه.

وإنْ كانَ الفَسادُ يَرجِعُ إلى الثَّمَنِ، فإنَّ ذِكْرَ ما هو مالٌ في الجُملةِ شَرْعاً أو ما هو مَرغوبٌ عندَ الناسِ لا يوجَدُ مَجاناً بِغَيرِ شيءٍ، كما إذا باعَ بِالخَمرِ والخِنزيرِ وصَيدِ الحَرَمِ وللإحرام، فإنَّ البيعَ يَنعَقِدُ بِقيمةِ المبيعِ ويُفيدُ المِلكَ في المبيعِ بِالقَبْضِ؛ لأنَّ ذِكْرَ الثَّمَنِ المَرغوبِ دليلٌ على أنَّ غَرَضَهما البيعُ، فينعقدُ بَيعاً بِقيمةِ المبيعِ.

وكذلك إذا جَعَلا الثَّمَنَ مُدَبَّراً أو مُكاتَباً أو أُمَّ وَلَدٍ لأنَّه مَرغوبٌ فيه.

وإذا جَعَلا المَيتَةَ والدَّمَ ثَمَناً اختلفَ المشايخُ.

= ولفظه مختصراً: «أنَّ امرأةً سألت عائشةَ ﵂، فقالت: إنَّ زيدَ بنَ أرقمَ باعني جاريةً بثمانمائةِ درهمٍ نسيئةً، واشتراها منِّي بستمائةٍ، فقالت عائشةُ: أبلغي زيدَ بن أرقم أنَّ الله تعالى قد أبطلَ جهادَه إن لم يَتُب».

وكذلك إذا باعَه بما تَرعى إبِلُه في أرضِه مِنَ الكَلَأ، أو بِما تَشْرَبُ دابَّتُه مِنْ ماءِ بِئرِه؛ لأنَّه ذَكَرَ شَيئاً مَرغوباً فيه.

وكذلك إذا كانَ الفَسادُ بإدخالِ شروطٍ فاسِدَةٍ أو باعتبارِ الجَهالَةِ ونحوِ ذلك.

وإنْ ذَكَرَ المَبيعَ والثَّمَنَ فهو على هذا يُفيدُ المِلكَ بِالقيمةِ عندَ القَبْضِ، وهذا كُلُّه عندَنا.

وعندَ الشافعيِّ البيعُ الفاسِدُ لا يُفيدُ المِلكَ أصلاً(١)، والمسألةُ معروفةٌ.

وعلى هذا لو قالَ: بِعْتُ منكَ هذا العَبْدَ ولم يَذْكُر الثَّمَنَ يَنعقِدُ البيعُ بِالقيمةِ، ولو قالَ: بِعْتُ منكَ هذا العَبْدَ بِقيمَتِه فهو كذلك.

ثم البيعُ الفاسِدُ إنَّما يُملَكُ بالقَبْضِ إذا كانَ بإذنِ البائعِ، فأما إذا كانَ بغَيرِ إذنِه فهو كما لمْ يَقبضْ، هذا هو المشهورُ مِنَ الروايةِ عن أصحابِنا.

وذَكَرَ محمدٌ في «الزِّياداتِ» إذا قَبَضَه بِحضرَةِ البائعِ فَلَمْ يَنْهَه وَسَكَتَ أنَّه يكونُ قَبْضاً، ويَصيرُ مِلكاً له، ولمْ يَحْكِ خِلافاً.

وقد قال أصحابُنا فيمَنْ وَهَبَ هِبةً فالقياسُ ألَّا يَملِكَها المَوهوبُ له حتى يَقبِضَها بإذنِ الواهبِ، أو بتسليمِها إليه، إلا أنَّهم استحسنوا وقالوا: إذا قَبَضَها في مجلسِ العَقْدِ بِحَضْرَةِ الواهبِ ولمْ يَنْهَه وَسَكَتَ جازَتْ وتُفيدُ المِلكَ، وإذا قَبَضَ بعدَ الافتراقِ عن المجلسِ بِحَضْرَتِه لا يصِحُّ القَبْضُ وإنْ سَكَتَ؛ لأنَّ المِلكَ مِنَ المَوهوبِ له إنَّما يَقَعُ بِالعَقْدِ والقَبْضِ، فيكونُ الإقدامُ على إيجابِ الهِبَةِ إذناً بالقَبْضِ، كما يكونُ إذناً بِالقَبولِ وبعدَ الافتراقِ عن المَجلِسِ لا يكونُ إذناً بِالقَبولِ، فكَذا لا يكونُ إذناً بِالقَبْضِ.

فَعَلى هذا يجبُ أنْ يكونَ في البيعِ الفاسِدِ في مجلسِ العَقْدِ يكونُ إذناً بِالقَبْضِ، وبعدَ الافتراقِ لا يكونُ إذناً.

ثم المُشتري شَراءً فاسِداً هل يَملِكُ التَّصرُّفَ في المُشتَرى؟ وهل يُكْرَه ذلك؟

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (٥/ ٣١٦)، ونهاية المطلب في دراية المذهب (٥/ ٣٨٣).

لا شَكَّ أنَّه قبلَ القَبْضِ لا يَملِكُ تَصَرُّفاً ما لِعَدَمِ المِلك، فأما بعدَ القَبْضِ فَيملِكُ التصَرُّفاتِ المُزيلَةَ للمِلكِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ أو مِنْ وَجْهٍ نَحوَ الإعتاقِ والبيعِ والهِبَةِ والتسليم والتدبيرِ والاستيلادِ والكِتابَةِ؛ لأنَّ هذه التصَرُّفات تُزيلُ حَقَّ الانتفاع بِالحَرامِ.

ولكنْ هل تُباحُ له التصَرُّفاتُ التي فيها انتفاعٌ بِالمبيعِ معَ قيامِ المِلك؟

اختلفَ المشايخُ:

قال بعضُهم: لا يُباحُ الانتفاعُ به، حتى لا يُباحُ له الوَطءُ إنْ كانتْ جاريةً، ولا الأكْلُ إنْ كانَ طَعاماً، ولا الانتفاعُ به إنْ كانَ داراً او دابَّةً أو ثَوباً.

وبعضُ مشايِخِنا قالوا: لا يُباحُ له الوَطءُ لا غيرَ، فأما ما يُباحُ له فَسائرُ أنواعِ الانتِفاعات.

فالأولونَ قالوا: بأنَّ هذا مِلكٌ خَبيثٌ، فلا يَظهَرُ المِلكُ في حَقِّ حِلِّ الوَطءِ والانتفاعِ احتياطاً، والآخِرونَ قالوا: إنَّ المالِكَ سَلَّطَه على التصَرُّفِ وأباحَ له التصَرُّفَ، فَكُلُّ تَصَرُّفٍ يُباحُ بِالإذنِ يُباحُ بهذا البيعِ، والوَطءُ لا يُباحُ بإذنِ المالِكِ، فلا يُباحُ بالتسليطِ، بِخلافِ سائرِ الانتفاعات.

وأما الكراهةُ فَذَكَرَ الكَرْخِيُّ وقالَ: تُكرَه التصَرُّفاتُ كُلُّها، ويجبُ عليه الفَسْخُ لِحَقِّ الشَّرعِ، وفي هذه التصَرُّفاتِ إبطالُ حَقِّ الفَسْخِ أو تأخيرُه فيُكْرَه.

وقالَ بعضُ مشايِخِنا: إنَّه لا تُكْرَه التصَرُّفاتُ المُزيلةُ للمِلك؛ لأنَّه يزولُ الفَسادُ بِسبَبِها، فأما التصَرُّفاتُ التي توجبُ تَقريرَ المِلكِ الفاسِدِ فإنَّه يُكرَه، والصحيحُ هو الأولُ.

ثم المُشتري شِراءً فاسِداً إذا تَصَرَّفَ في المُشتَرى بعدَ القَبْضِ، فإنْ كانَ تَصَرُّفاً مُزيلًا للمِلكِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ كالإعتاقِ والبيعِ والهِبَةِ فإنَّه يجوزُ ولا يُفْسَخُ؛ لأنَّ الفَسادَ قد زالَ بِزَوالِ المِلك.

وإنْ كانَ تَصَرُّفاً مُزيلًا للمِلكِ مِنْ وَجْهٍ أو لا يكونُ مُزيلًا للمِلكِ، إنْ كانَ تَصَرُّفاً

لا يَحتَمِلُ الفَسْخَ كالتدبيرِ والاستيلادِ والكِتابَةِ فإنَّه يَبطُلُ حَقُّ الفَسْخِ، وإنْ كانَ يَحتَمِلُ الفَسْخَ إنْ كانَ يُفسَخُ بِالعُذْرِ كالإجارة فإنَّه تُفسَخُ الإجارةُ ثم يُفسَخُ البيعُ بسببِ الفَسادِ، ويُجْعَلُ حَقُّ الفَسْخِ بسببِ الفَسادِ عُذراً لِفَسخِ الإجارةِ.

ولو زَوَّجَها مِنْ إنسانٍ بعدَ القَبْضِ فإنَّ النِّكاحَ لا يَمنعُ الفَسْخَ، والنِّكاحُ بِحالِه؛ لأنَّه زَوَّجَها وهي مَملوكَةٌ له، فيَصِحُّ نِكاحُها، والنِّكاحُ لا يَحتَمِلُ الفَسْخَ فيبقى النِّكاحُ.

ولو أوصى بِالعَبْدِ المبيعِ بَيعاً فاسِداً، فإنَّه يَنفَسِخُ؛ لأنَّ الوصيَّةَ ممَّا يَحتمِلُ الرجوعَ، ولو ماتَ المُوصي قبلَ الفَسْخِ يَسقُطُ الفَسْخُ؛ لأنَّ المِلكَ انتقلَ إلى المُوصَى له فَصارَ كالبيعِ.

ولو ماتَ المُشتري شِراءً فاسِداً، فَوَرِثَه الوَرَثَةُ فَلِلبائعِ حَقُّ الفَسْخِ، وكذا لِلوَرَثَةِ؛ لأنَّ الوارثَ يقومُ مَقامَ المُورِثِ في حَقِّ الفَسْخِ، ولهذا يُرَدُّ بِالعَيبِ ويُرَدُّ عليه بِخِلافِ المُوصَى له.

ولو حَصَلَ في المبيعِ بَيعاً فاسِداً زِيادَةٌ مُنفصِلَةٌ[1]، كالولدِ والثَّمَرِ واللَّبَنِ أو الأَرْشِ[2] بِسَبَبِ تَفْويتِ بَعضِه فإنَّه لا يَمنَعُ الفَسْخَ، بل لِلبائعِ أنْ يأخذَ المبيعَ معَ الزوائدِ ويَفْسَخَ البيعَ؛ لأنَّ قَبْضَ المُشترى شِراءً فاسِداً بِمنزلَةِ قَبْضِ الغَصْبِ.

ثم إذا أخَذَ الولَدَ إنْ كانَت الولادةُ نَقَصَت الجاريَةَ يُنظَرُ في قيمةِ الوَلَدِ، فإنْ كانَ فيه وَفاءٌ بالنُّقصانِ فلا شيءَ على المُشتري، وإنْ لم يكُنْ فيه وَفاءٌ غُرِّمَ تَمامَ النُّقصان.

وإنْ وَطِئَ المُشتري المَبيعةَ بَيعاً فاسِداً فهذا على وجهَين:

إنْ لم يُعْلَقْها فلِلبائعِ أنْ يَستَرِدَّ الجاريةَ، ويَضمنُ المُشتري عُقرَها[3] لِلبائعِ باتفاقِ

---

(١) في «ز»: (متصلة).

(٢) الأَرْشُ: هو المال الذي يجب بالجناية على ما دون النفس، وقد يسمى دِيَة الجراحات، انظر «التعريفات الفقهية» (أرش).

(٣) العُقرُ: بالضم: ما تُعطاه المرأة على وطء الشبهة، انظر «لسان العرب» مادة (عقر).

الرواياتِ، بخلافِ الجاريةِ المَوهوبةِ إذا وَطِئَها المَوهوبُ له ثم رَجَعَ الواهبُ، فإنَّه لا يَضْمَنُ للواهبِ عُقرَها؛ لأنَّه وَطِئَ مِلكَ نفسِه مِلكًا مُطلقًا في حَقِّ الوَطءِ وغيرِه، وبالرجوعِ لم يَظهَرْ أنَّ المِلكَ لم يكُنْ، أما في البيعِ الفاسِدِ فالمِلكُ لم يَظهَرْ في حَقِّ حِلِّ الوَطءِ، لكنْ لم يُحَدَّ للشبهةِ فيجبُ العُقْرُ.

وإنْ أعْلَقَها فادَّعى الوَلَدَ يَثْبُتُ نَسَبُ الولدِ منه، وتصيرُ الجاريةُ أمَّ وَلَدٍ له، ولِلبائعِ أنْ يُضَمِّنَ المُشتري قيمةَ الجارية، ويَبطُلُ حَقُّه في الجارية.

وإذا وَجَبَت القيمةُ هل يَجِبُ العُقْرُ؟ ذَكَرَ في كتاب البيوعِ وقالَ: لا عُقْرَ عليه، وذَكَرَ في كتابِ الشُّرْبِ وقالَ عليه العُقْرُ.

ولو أحدَثَ المُشتري في المبيعِ بَيعًا فاسِداً صُنعًا لو فَعَلَه الغاصِبُ في المغصوبِ يَصيرُ مِلكًا له بِالقيمةِ، كما إذا طَحَنَ الحِنطَةَ أو خاطَ الثوبَ قَميصًا ونحوَ ذلك، يَنقطِعُ حَقُّ البائع في الفسْخِ، وتلزمُه قيمَتُه يومَ القَبْضِ، كما في الغَصْبِ، وكذلك إنْ كانَ المبيعُ سَاجَةً[1] فأدخَلَها في بِنائِه.

وإنْ كانَ المبيعُ أرضًا فَبَنى فيها المُشتري فليسَ لِلبائعِ أنْ يَنقُضَ البيعَ عندَ أبي حنيفةَ.

وقال أبو يوسفَ ومحمدٌ: لِلبائعِ أنْ يَنقُضَ كما في الغَصْبِ، فإنَّ الغاصِبَ إذا بَنى على الأرضِ المَغصوبَةِ لا يَنقَطِعُ حَقُّ المالكِ فكذا هذا.

وأبو حنيفةَ يقولُ: إنَّ المبيعَ صارَ مِلكًا له، وفي النَّقْضِ ضَرَرٌ كَثيرٌ فلا يُنقَضُ، بخلافِ الغاصِبِ. واللهُ أعلمُ.

❁ ❁ ❁

(١) السّاجُ ضَرْبٌ عَظِيمٌ مِن الشَّجَرِ، الواحِدَةُ ساجَةٌ، وجَمْعُها ساجاتٌ ولا يَنبُتُ إلّا بِالهِنْدِ ويُجْلَبُ مِنها إلى غَيْرِها، انظر «المصباح المنير» (سوج).

باب خيار الشّرط

الكلامُ في خِيارِ الشَّرْطِ في مواضعَ:

- أحدُها: في بيانِ شَرْطِ الخِيار المُفسِدِ والذي ليسَ بِمُفسِدٍ.
- الثاني: في بيانِ مِقدارِ مُدَّةِ الخِيارِ.
- الثالثُ: في بيانِ ما يُسقِطُ الخِيارَ.
- الرابعُ: في بيانِ عملِ الخِيارِ وحُكمِه.
- الخامسُ: في بيانِ كيفيةِ الفَسْخِ والإجازةِ.

أما الأولُ فنقولُ: إنَّ الخِيارَ المُفسِدَ ثلاثةُ أنواعٍ، بأنْ ذَكَرَ الخِيارَ مُؤبَّداً بأنْ قالَ: «بِعتُ أو اشتريتُ على أنّي بالخِيارِ أبداً»، أو ذَكَرَ الخِيار مُطلقًا ولم يُبَيِّنْ وَقتاً أصْلًا، بأنْ قالَ: «على أنّي بالخِيارِ»، أو ذَكَرَ وقتاً مَجهولًا بأنْ قال: «على أنّي بالخِيارِ أياماً» ولم يُبَيِّنْ وقتاً معلوماً، فالجوابُ في هذه الفصولِ الثلاثةِ أنَّ البيعَ فاسدٌ.

وأما الخِيارُ المشروعُ فنوعٌ واحدٌ، وهو أنْ يذكُرَ وقتاً معلوماً، ولم يُجاوِزْ عن الثلاثةِ بأنْ قال: «على أنّي بالخِيارِ يوماً أو يومَين أو ثلاثةَ أيامٍ»، وهذا قولُ عامةِ العلماء، سواءٌ كانَ الخِيارُ للبائعِ أو للمُشتري.

وقال سفيانُ الثوريُّ وابنُ شُبْرُمَةَ: إنْ كانَ الخِيارُ للمُشتري يجوزُ، وإلا فلا.

وأصلُ هذا أنَّ اشتراطَ الخِيارِ كيفَما كانَ شرطٌ ينافي موجبَ العَقْدِ، وهو ثبوتُ المِلكِ عندَ العَقْدِ، وإنّما عرفنا جوازَه بحديثِ حَبَّانَ بنِ مُنْقِذٍ[1] بخلافِ القياس،

---

(١) هو حبان بن منقذ بن عمرو بن عطية الأنصاري الخزرجي المازني له صحبة، وشهد أحدًا=

والحديثُ وَرَدَ بالخِيار في مُدَّةٍ معلومةٍ[١]، وهي ثلاثةُ أيامٍ فبقي ما وراءَ ذلك على أصلِ القياسِ، إلا إذا كانَ ذلك في معناه.

وأما إذا شَرَطَ الخِيارَ أربعةَ أيامٍ أو شهراً، قال أبو حنيفةَ وزفر: بأنَّ البيعَ فاسدٌ، وقال أبو يوسفَ ومحمدٌ والشافعيُّ بأنَّه جائزٌ[٢].

والصحيحُ ما قاله أبو حنيفةَ؛ لِما قلنا إنَّه شَرْطٌ مخالفٌ لمُقتضى العَقْدِ، والشرعُ وَرَدَ في ثلاثةِ أيامٍ، فبقيَ ما زادَ عليه على أصلِ القياس.

وأما بيانُ ما يُسقِطُ الخِيارَ فنقولُ: إنَّ الخِيارَ بعدَ ثبوتِه يَسقُطُ بِمعانٍ ثلاثةٍ، إما بالإسقاطِ صَريحاً، أو بالإسقاطِ بِطَرِيقِ الدَّلالةِ، أو بِطَرِيقِ الضرورةِ.

أما **الإسقاطُ صريحاً** بِأنْ يقولَ: أسقطتُ الخِيارَ، أو أبطلتُه، أو أَجَزْتُ البيعَ، أو رضيتُ بـه فيبطُلُ الخِيارُ؛ لأنَّ الخِيارَ شُرِعَ للفَسْخِ، فإذا سَقَطَ بَطَلَ الخِيارُ، والأصلُ هو لزومُ العَقْدِ ونَفَاذُه، فإذا بَطَلَ عادَ الأصلُ.

= وما بعدها، وتزوج زينب الصغرى بنت ربيعة بن الحارث بن عبد المطلب، توفي في خلافة عثمان، انظر «أسد الغابة» (١/ ٦٦٦).

(١) أخرجه البخاريُّ (٢١١٧)، ومسلم (١٥٣٣) من حديث ابن عمر، أنَّ رجلًا ذُكر لرسولِ الله ﷺ أنه يُخدَعُ في البيوع، فقال رسول الله ﷺ: «إذا بَايعتَ فَقُل لا خِلَابَةَ»، وزاد البيهقيُّ: «إذا بَايعتَ فَقُل لا خِلَابَةَ ثُمَّ أنتَ بالخِيارِ في كُلِّ سِلْعَةٍ ابْتَعْتَهَا ثَلاثَ لَيالٍ»، وحسَّنه النوويُّ.

واختُلف في اسم الرجل الذي قال له رسول الله ﷺ ذلك، أهو حَبَّانُ بنُ مُنقِذ، أم والده مُنقِذُ ابنُ عمرو، وقد رجَّحَ النوويُّ أنه حَبَّانُ بنُ مُنقِذ.

انظر «المجموع» (٩/ ١٩٠)، «تهذيب الأسماء واللغات» (٢/ ١١٦)، «البناية شرح الهداية» (٨/ ٥٠).

(٢) قال الشافعي: إن كانت المدة ثلاثا، أو أقل فالبيع جائز وإن كانت أكثر من ذلك بطرفة عين فأكثر فالبيع منتقض.

وانظر: الأم للشافعي (٧/ ١٠٥)، وبحر المذهب للروياني (٤/ ٤٥٧)، ومغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (٢/ ٤١٧-٤٢١).

وكذلك إذا قالَ: فَسَخْتُ العَقْدَ أو نَقَضْتُه أو أبطلتُه يَسقُطُ الخِيارُ؛ لأنَّ الخِيارَ هو التخييرُ بينَ الفَسْخِ والإجازةِ، فأيُّهما وُجِدَ سَقَطَ.

وأما الإسقاطُ بِطَرِيقِ الدَّلالةِ وهو أنْ يوجَدَ مِمَّنْ له الخِيارُ تَصَرُّفٌ يَدُلُّ على إبقاء المِلكِ وإثباتِه، فالإقدامُ عليه يُبْطِلُ خِيارَه تحقيقاً لغَرَضِه.

إذا ثبتَ هذا فنقولُ: إنْ كانَ الخِيارُ للمُشتري والمَبيعُ في يدِه فعَرَضَه على البيعِ يبطُلُ خِيارُه؛ لأنَّ عَرْضَ المُشتري المَبيعَ على البَيعِ لاختيارِهِ الثَّمَن، ولا يصيرُ الثَّمَنُ مِلكاً له إلا بعدَ ثبوتِ المِلكِ في المُبدَلِ، فيصيرُ مُختاراً للمِلك ولا يكون ذلك إلا بإبطالِ الخِيار، فيبطُلُ بِطَرِيقِ الدَّلالة.

وأما الخِيارُ إذا كانَ للبائع فَعَرَضَه على البيعِ، لم يُذكَرْ في ظاهر الرواية، وعن أبي حنيفةَ رِوايتان، والأصحُّ أنَّه يكونُ إسقاطًا لخِيارِه؛ لأنَّه دليلُ إبقاءِ المِلكِ، لأنَّه لا يصلُ إلى الثَّمَنِ مِنْ غَيرِه إلا بالتَّمليكِ منه، وذلكَ لا يكونُ إلا بإسقاطِ الخِيارِ وفَسْخِ العَقْدِ الأولِ.

ولو أنَّ المُشتري إذا كانَ له الخِيارُ في عبدٍ فَبَاعَه أو أعتَقَه أو دَبَّرَه أو كاتَبَه أو رَهَنَه أو وَهَبَه سَلَّمَه أو لم يُسَلِّمْه أو آجَرَهُ، فإنَّ هذا كُلَّه منه اختيارٌ للإجازة؛ لأنَّ نَفَاذَ هذه التصرُّفات مُختَصَّةٌ بالمِلك، فيكونُ الإقدامُ عليها دليلَ قَصْدِ إبقاء المِلكِ، وذلكَ بالإجازة.

ولو وُجِدَتْ هذه التصرُّفاتُ مِنَ البائع الذي له الخِيارُ يَسقُطُ خِيارُه أيضًا؛ لأنَّه لا تصِحُّ هذه التصرُّفاتُ إلا بعدَ نقضِ تصرُّفِ الأول، إلا أنَّ في الهِبَةِ والرَّهنِ لا يَسقُطُ الخِيارُ إلا بعدَ التسليم بخلاف ما إذا كانَ الخِيارُ للمُشتري وَوُجِدَ منه الهِبَةُ والرَّهنُ بلا تسليمٍ؛ لأنَّ الهِبَةَ والرَّهنَ بلا تسليمٍ لا يكونُ دونَ العَرْضِ[١] على البيعِ، وذلك يُسقِطُ خِيارَ المُشتري دونَ البائع في رواية فكذلك هذا.

---

(١) في «س»: (العوض).

أما الإجارةُ ذَكَرَ في بيوعِ «الأصل»[١] أنَّه يكونُ اختيارًا مِنَ البائعِ والمشتري مِنْ غيرِ شَرطِ القَبضِ، وذَكَرَ في بعضِ الرواياتِ، وشَرَطَ قَبضَ المستأجِرِ، والأصحُّ أنَّه لا يُشتَرَطُ؛ لأنَّ الإجارَةَ عَقْدٌ لازمٌ بخلافِ الهِبَةِ والرَّهنِ قبلَ القَبْضِ، فإنَّه غيرُ لازمٍ.

ولو كانَ المبيعُ جاريةً فَوَطِئَها البائعُ أو المُشتري إذا كانَ له الخِيارُ يَسقُطُ الخِيارُ بالوطءِ، أما في البائعِ وإنْ كانَ المِلكُ قائِمًا للحال، ولكنْ لو لمْ يَسقُط الخِيارُ بِالوَطءِ، فإذا أجازَ تَبيَّنَ أنَّه وَطِئَ جاريةَ الغَيرِ مِنْ وجهٍ؛ لأنَّه يَثبُتُ المِلكُ للمشتري بِطَرِيقِ الاستناد.

وأما في المُشتري فلهذا المعنى أيضًا، ولِمعنًى آخرَ عندَ أبي حنيفةَ ثَمَّةَ خاصَّةً؛ لأنَّ الجاريةَ المَبيعةَ لا تدخُلُ في مِلكِ المُشتري إذا كانَ الخِيارُ له، والوَطءُ لا يَحِلُّ بِدونِ المِلك، فالإقدامُ على الوَطءِ دليلُ اختيارِ المِلك.

ولو لَمَسَها المُشتري بشهوةٍ وله الخِيارُ يَسقُطُ؛ لأنَّه لا يَحِلُّ بِدونِ المِلكِ، وإنْ لَمَسَ لا عن شهوةٍ لا يَسقُطُ؛ لأنَّه يحتاجُ إلى ذلك في الجُملة للاختيار، لِيعرِفَ لينها وخشونَتَها، ولو نَظَرَ إلى فَرْجِها بشهوةٍ يَسقُطُ لِما قُلنا، فلو نَظَرَ بغَيرِ شهوةٍ لا يَسقُطُ؛ لأنَّ النَّظَرَ إلى الفَرْجِ لا عن شهوةٍ قد يُباحُ عندَ الحاجةِ والضرورةِ، كما في حقِّ القابلةِ والطبيبِ، وللمشتري حاجةٌ في الجُملة.

ولو نَظَرَ إلى سائرِ أعضائِها عن شهوةٍ لا يَسقُطُ؛ لأنَّه يَحتاجُ إليه للامتحان في الجُملة، وكذلك الجوابُ في حَقِّ البائعِ في اللَّمسِ عن شهوةٍ، والنَّظَرِ إلى فَرْجِها عن شهوةٍ، فأما النَّظَرُ إلى فَرْجِها لا عن شهوةٍ، أو النَّظَرُ إلى سائرِ أعضائِها عن شهوةٍ، أو لَمَسَ سائر الأعضاءِ لا عنْ شهوةٍ، يجبُ أنْ يَسقُطَ به الخِيارُ بخلافِ المُشتري؛ لأنَّ ثَمَّةَ في الجُملة حاجةً إلى ذلك، ولا حاجةَ في حَقِّ البائعِ، وهذه التصَرُّفاتُ حَرامٌ مِنْ غيرِ مِلكٍ.

---

(١) انظر «الأصل المعروف بالمبسوط للشيباني» (٥/ ١٤١).

ولو نَظَرت الجاريةُ المُشتراةُ إلى فَرْجِ المُشتري لِشهوةٍ أو لَمَسَتْه، إنْ فعلتْ ذلك بتَمكينِ المُشتري، بأنْ عَلِمَ المُشتري ذلك مِنها فتَركَها حتى فَعَلتْ سَقطَ خِيارُه، فأما إذا اختلَسَتْه اختلاساً فَلَمَسَتْ مِنْ غيرِ تَمكينِ المُشتري بذلك، قال أبو يوسفَ: سَقطَ خِيارُه، وقال محمدٌ: لا يَسقُطُ، وقولُ أبي حنيفةَ مثلُ قولِ أبي يوسفَ، ذكرَه بِشْرُ بنُ الوليدِ[١]: أنَّه تَثْبُتُ الرَّجعَةُ بها في قولِ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ، ولا تَثْبُتُ في قولِ محمدٍ.

وأجمَعوا أنَّها لو أدخلَتْ فَرْجَ الرَّجُلِ فَرْجَها والزوج[٢] نائمٌ أنَّه يَسقُطُ الخِيارُ، وتَثبُتُ الرَّجْعَةُ، والصحيحُ قولُهما؛ لأنَّ الخِيارَ لو لم يَسقُطْ ربما يُفسَخُ الشِّراءَ، فتَبَيَّنَ أنَّ اللَّمسَ وُجِدَ في غَيرِ مِلكٍ، ومَسُّ العَورةِ بلا مِلكٍ حَرامٌ، فيَسقُطُ صيانَةً عن مُباشَرَةِ الحَرامِ، وكذلك في الرَّجعَةِ لهذا المعنى.

فأما الاستخدامُ منها لا يُجعَلُ اختياراً؛ لأنَّه تَصرُّفٌ لا يَختَصُّ بالمِلك، فإنَّه يُباحُ بإذن المالِكِ، ثم إنَّما تُعرَفُ الشهوةُ من غيرِ الشهوةِ بإقرارِ الواطئ[٣] والمُتصرِف، وفي الجاريةِ المُختلِسَةِ بإقرارِ المُشتري.

وأما الأجنبيُّ فإذا وَطِئَ الجاريةَ المَبيعةَ إنْ كانتْ في يدِ المُشتري والخِيارُ له يَسقُطُ الخِيارُ؛ لأنَّه إنْ كانَ عن شُبهةٍ يَجِبُ العُقْرُ[٤]، وإنَّه زيادةٌ منفصلةٌ حدثتْ بعدَ القَبْضِ فتمنعُ الردَّ، وإن كانَ زِنًا فهو عَيبٌ في الجَواري، وحدوثُ العَيبِ في يدِ المُشتري يُسقِطُ خِيارَه.

---

(١) هو أبو الوليد بشر بن الوليد بن خالد بن الوليد الكندي القاضي وهو أحد أصحاب أبي يوسف خاصة وعنه أخذ الفقه، روى له أبو داود، توفي سنة ٢٨٣ هـ، وبلغ سبعاً وتسعين سنة ودفن في الشام، انظر «الجواهر المضية» (١/ ١٦٧) و«الطبقات السنية» (١/ ١٩١).

(٢) في «أ»: (الرجل).

(٣) في «أ»: (الناظر).

(٤) العُقْر: صَداقُ المرأة إذا وُطِئَتْ بشبهةٍ، والعُقْرُ في الحَرائِرِ مَهْرُ المِثْلِ وفي الإماءِ عُشْرُ قِيمَةِ البِكْرِ ونِصْفُ عُشْرِ قِيمَةِ الثَّيِّبِ، انظر «حاشية ابن عابدين» (٣/ ١٠١)، «المغرب» (عقر).

وكذلك إذا ولدَت الجاريةُ في يدِ المُشتري سَقَطَ خِيارُه؛ لأنَّه إذا كانَ الولدُ حَيًّا وفيه وَفاءٌ بِنُقصانِ الولادةِ فَيَنجَبِرُ، لكنَّ الولَدَ زيادةٌ مُنفصِلَةٌ فيَمنعُ الفَسْخَ، فَسَقَطَ الخِيارُ، وإنْ ماتَ الولدُ فالنُّقصانُ قائمٌ لم يَنجَبِرْ، وحدوثُ النُّقصانِ عندَ المُشتري يَمنعُ الردَّ.

وإنْ كان في يدِ البائعِ والخِيارُ له لا يَسقُطُ الخِيارُ في وَطءِ الأجنبيِّ؛ لأنَّ الزِّنا لا يُوجِبُ نقصًا في عينِ الجاريةِ، ولكنْ لِلمُشتري حَقُّ الردِّ بسببِ العَيبِ، وإنْ كانَ الوَطءُ عن شُبهةٍ والعُقْرُ زيادةٌ مُنفصلةٌ قبلَ القَبْضِ، فلا يَمنعُ الفَسْخَ، وفي فَضْلِ الوَلَدِ إنْ كانَ حيًّا انجبَرَ النُّقصانُ وأنَّه زيادَةٌ قبْلَ القَبْضِ، فلا يَمنَعُ الفَسْخَ، لكنْ يثبُتُ للمُشتري الخِيارُ بسببِ العَيبِ؛ لأنَّ صورةَ النُّقصانِ قائِمَةٌ وإنْ انجَبَرَ مَعنًى، وإنْ ماتَ الوَلَدُ فالنُّقصانُ قائِمٌ، ولكنْ لَمْ يَفُتْ شَيءٌ مِنَ المَعقودِ عليه حتى يُفْسَخَ العَقْدُ فيه، فتَتَفَرَّقَ الصَّفْقَةُ على المُشتري فَيَسقُطَ الخِيارُ، ولكنْ لِلمُشتري حَقُّ الفَسْخِ بسببِ العَيبِ، وهو نُقصانُ الوِلادَةِ.

وكذلك المُشتري لو أَسْكَنَ الدَّارَ رَجُلًا بِأَجْرٍ أو بِغَيرِ أَجْرٍ وَرَمَّ شيئًا[1] مِنها بالتَّطيينِ والتَّجصيصِ، أو أَحْدَثَ فيها بناءً أو هَدَمَ شَيئًا منها فإنَّه يَسقُطُ الخِيارُ؛ لأنَّ هذهِ التَّصرُّفاتِ دَليلُ اختيارِ المِلكِ، ولو سَقَطَ حائِطٌ مِنها بِغَيرِ صُنعِ أَحَدٍ سَقَطَ الخِيارُ؛ لأنَّه نَقْصٌ مِنَ المَعقودِ عليه.

ولو كانَ المَبيعُ أرضًا فيها زُروعٌ وثِمارٌ قد دَخَلَتْ تحتَ البيعِ بالشَّرطِ فَسَقاه، أو حَصَدَه أو قَصَلَ[2] منه شَيئًا لِدَوابِّه، أو جَذَّ شَيئًا مِنَ الثِّمار، فهذا إجازَةٌ منه لِما ذَكَرْنا.

---

(١) في «س»: (معيبا).

(٢) القصل: القطع، وقيل: القصل قطع الشيء من وسطه أو أسفل من ذلك، انظر «لسان العرب» (قصل).

ولو رَكِبَ المُشتري الدَّابَّةَ لِيَسقِيَها أو لِيَرُدَّها على البائِع؛ فالقِياسُ أنْ يَكونَ إجازَةً لِما ذَكَرْنا، وفي الاستحسانِ لا يَسقُطُ الخِيارُ؛ لأنَّ الدَّابَّةَ قد لا يُمكِنُ تَسييرُها إلا بِالرُّكوب.

ولو رَكِبَها لِيَنظُرَ إلى سَيرِها وقوَّتِها فهوَ على الخِيارِ، وكذا لو لَبِسَ الثَّوبَ لِيَنظُرَ إلى طولِه وعَرْضِه؛ لأنَّه يَحتاجُ إليه للامتِحانِ.

ولو رَكِبَها مَرَّةً أخرى، إنْ رَكِبَها لِمَعرِفَةِ شَيءٍ آخَرَ، بِأَنْ رَكِبَها لِمَعرِفَةِ أنَّه هِمْلاجٌ[1] ثُمَّ رَكِبَ ثانِيًا لِمَعرِفَةِ العَدْوِ، لا يَسقُطُ خِيارُه؛ لأنَّه يَحتاجُ إليه أيضًا، وإنْ رَكِبَها لِمَعرِفَةِ السَّيرِ الأولِ مَرَّةً أخرى، ذَكَرَ في ظاهِرِ الرِّوايةِ أنَّه يَسقُطُ الخِيارُ.

وفي الثَّوبِ إذا لَبِسَ ثانيًا لِمَعرِفَةِ الطُّولِ والعَرْضِ يَسقُطُ الخِيارُ.

وفي استخدامِ الرَّقيقِ إذا استُخْدِمَ مَرَّةً ثُمَّ استُخْدِمَ ثانيًا لِنَوعٍ آخَرَ لا يَسقُطُ.

وبعضُ مشايخِنا قالوا في الاستخدامِ والرُّكوبِ لا يَبطُلُ الخِيارُ بالمَرَّةِ الثانيةِ، وإنْ كانَ مِنْ نَوعٍ واحِدٍ؛ لأنَّ الاختِبارَ لا يَحصُلُ بالفِعلِ مَرَّةً، لاحتِمالِ أنَّ ذلكَ وَقَعَ اتفاقًا، وإنَّما الحاجَةُ إلى مَعرِفَةِ ذلكَ عادَةً لها، وذلكَ لا يَحصُلُ إلا بِالمَرَّةِ الثانيةِ؛ لأنَّ العادَةَ مُشتَقَّةٌ مِنَ العَوْدِ، بِخلافِ الثَّوبِ فَإنَّ الغَرَضَ يَحصُلُ بالمَرَّةِ الواحِدَةِ.

وأما سُقوطُ الخِيارِ بِطَريقِ الضَّرورَةِ فَأنواعٌ:

منها: أنَّه إذا مَضَتِ المُدَّةُ؛ لأنَّ الخِيارَ مُؤَقَّتٌ بها، فيَنتَهي الخِيارُ ضَرورَةً، فيَبقى العَقْدُ بِلا خِيارٍ، فَيَلزَمُ العَقْدُ.

ومنها: إذا ماتَ المَشروطُ له الخِيارُ، فَإنَّه يَسقُطُ الخِيارُ ولا يُورَّثُ، سَواءٌ كانَ الخِيارُ للبائِعِ أو لِلمُشتري أو لَهُما.

---

(١) الهملجة والهملاج: حسن سير الدابة في سرعة؛ وقد هملج، والهملاج: الحَسَنُ السَّيرِ في سرعة وبخترة، انظر «لسان العرب» (هملج).

وقالَ الشافعيُّ: يُورَّثُ، ويَقومُ الوارِثُ مَقامَه[1].

وأجْمَعوا أنَّ خِيارَ العَيبِ وخِيارَ التَّعيينِ يُورَّثُ، وأجْمَعوا أنَّ خِيارَ القَبولِ لا يُورَّثُ، وكذلِكَ خِيارُ الإجازَةِ في بَيعِ الفُضوليِّ لا يُورَّثُ.

وأما خِيارُ الرُّؤيَةِ هل يُورَّثُ؟ لمْ يُذكَرْ في البُيوعِ، وذُكِرَ في كتابِ الحِيَلِ أنَّه لا[2] يُورَّثُ، وَكَذلِكَ روى ابنُ سِماعَةَ عنْ محمدٍ، وأجْمَعوا أنَّ الأَجَلَ لا يُورَّثُ.

ولَقَبُ المَسألَةِ أنَّ خِيارَ الشَّرْطِ هل يُورَّثُ أمْ لا؟ والمَسألَةُ مَعروفَةٌ، فإذا لمْ يُورَّثُ الخِيارُ عِندَنا يَسقُطُ ضَرورَةً، فَيَصيرُ العَقْدُ لازِمًا؛ لأنَّه وَقَعَ العَجْزُ عَن الفَسْخِ، فَيَلزَمُ ضَرورَةً، وكذلِكَ الجوابُ فيما هوَ في مَعنى المَوتِ، بِأنْ ذَهَبَ عَقْلُ صاحِبِ الخِيارِ بالجُنونِ أو بِالإغماءِ في مُدَّةِ الخِيارِ فَمَضَت المُدَّةُ وهوَ كذلِكَ، صارَ العَقْدُ لازِمًا؛ لأنَّه عَجَزَ عَن الفَسْخِ فَلا فائِدَةَ في بَقاءِ الخِيارِ، فإنْ أَفاقَ في مُدَّةِ الخِيارِ كانَ على خِيارِه لإمكانِ الفَسْخِ والإجازَةِ.

وكذا لَو بَقِيَ نائِمًا في آخِرِ مُدَّةِ الخِيارِ حتى مَضَت المُدَّةُ يَسقُطُ الخِيارُ.

وكذلِكَ لَو سَكِرَ بِحَيثُ لا يَعلَمُ حتى مَضَتْ مُدَّةُ الخِيارِ لَم يُذْكَرْ في الكِتابِ، وقالوا: الصَّحيحُ أنَّه يَسقُطُ الخِيارُ لِما قُلنا.

ولَو ارْتَدَّ مَنْ له الخِيارُ في مُدَّةِ الخِيارِ، إنْ ماتَ أو قُتِلَ على الرِّدَّةِ صارَ[3] البَيعُ لازِمًا، وكذلِكَ إنْ لَحِقَ بِدارِ الحَرْبِ وقَضى القاضي بِلَحاقِه؛ لأنَّ الرِّدَّةَ بِمَنزِلَةِ المَوتِ بعدَ الالتحاقِ بِدارِ الحَرْبِ، وإنْ أَسْلَمَ في مُدَّةِ الخِيارِ كانَ على خِيارِه، وجُعِلَ العارِضُ كَأَنْ لَم يَكُنْ.

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (٥/ ٥٨)، ونهاية المطلب في دراية المذهب (٥/ ٢٧).

(٢) سقط من «أ»: (لا).

(٣) في «أ»: (كان).

هذا إذا ماتَ أو قُتِلَ على الرِّدَّةِ أو أَسْلَمَ قبلَ أنْ يَتَصَرَّفَ بِحُكْمِ الخِيارِ فَسْخًا أو إجازَةً، فأما إذا تَصَرَّفَ في مُدَّةِ الخِيارِ بعدَ الرِّدَّةِ، إنْ أجازَ جازَتْ إجازَتُه ولا يَتوقَّفُ بالاتفاق، ولَو فَسَخَ فَعِندَ أبي حَنيفةَ يَتَوقَّفُ، إنْ أَسْلَمَ نَفَذَ وإنْ ماتَ أو قُتِلَ على الرِّدَّةِ بَطَلَ الفَسْخُ على ما يُعرَفُ في مَسائِلِ السِّيَرِ أنَّ تَصَرُّفاتِ المُرتَدِّ مَوقوفَةٌ عِندَه خِلافًا لهما.

وعلى هذا إذا هَلَكَت السِّلعَةُ المَبيعةُ في مُدَّةِ الخِيارِ، فَلا يَخلو إمَّا أنْ تَهْلِكَ في يَدِ البائِعِ أو في يَدِ المُشتري، والخِيارُ لِلبائِعِ أو للمُشتري:

- فإنْ هَلَكَت في يَدِ البائِعِ فَإنَّه يَسقُطُ الخِيارُ، سَواءٌ كانَ الخِيارُ لِلبائِعِ أو لِلمُشتري، فإنَّه يَنفَسِخُ العَقْدُ لأنَّه هَلَكَ لا إلى خَلَفٍ، ولا يُمكِنُه مُطالبَتُه بِالثَّمَنِ بِدونِ تَسليمِ المَبيعِ، وقد عَجَزَ عَنِ التَّسليمِ فلا فائِدَةَ في بَقائِه فَيَنفَسِخُ فَيَبْطُلُ الخِيارُ ضَرورَةً.

- وإنْ هَلَكَت في يَدِ المُشتري:

❁ فإنْ كانَ الخِيارُ لِلبائِعِ تَهلِكُ بِالقيمَةِ ويَسقُطُ الخِيارُ في قَولِ عامَّةِ العُلَماء، وقالَ ابنُ أبي لَيلى: يَهلِكُ أمانَةً.

والصَّحيحُ قَولُ العامَّةِ؛ لأنَّ القَبْضَ بِسَبَبِ هذا العَقْدِ لا يَكونُ دونَ القَبْضِ على سَومِ الشِّراءِ، وذلك مَضمونٌ بِالقيمَةِ فهذا أولى.

❁ وإنْ كانَ الخِيارُ للمُشتري فإنَّه يَهلِكُ عليه بالثَّمَنِ عندَنا، وعندَ الشافعيِّ يَهلِكُ عليه بِالقيمَةِ[1].

والصَّحيحُ قولُنا؛ لأنَّ المَبيعَ يَصيرُ مَعيبًا[2] قبلَ الهلاكِ مُتَّصِلًا به؛ لأنَّ المَوتَ بناءٌ على سَبَبٍ مُؤثِّرٍ فيه عادَةً، والسَّبَبُ المُفضي إلى الهَلاكِ يَكونُ عَيبًا، وحُدوثُ العَيبِ

---

(١) انظر: الأم للشافعي (٣/ ٥)، والحاوي الكبير (٥/ ٦٤)، والمهذب في فقه الإمام الشافعي للشيرازي (٢/ ٩).

(٢) في «س»: (مبيعًا).

في يَدِ المُشتري يُسقِطُ خِيارَه؛ لأَنَّه يَعجِزُ عَن الرَّدِّ على الوَجهِ الذي أَخَذَه سَليمًا، كَما إذا حدث به عيب حِسًّا.

وأما إذا تَعَيَّبَ المَبيعُ:

إنْ كانَ الخِيارُ للبائِعِ وهوَ عَيْبٌ يوجِبُ نُقصانًا في عَينِ المَبيعِ، فإنَّه يَبطُلُ خِيارُه، سواءٌ كانَ المَبيعُ في يَدِه أو في يَدِ المُشتري، إذا تَعَيَّبَ بِآفَةٍ سَماويَّةٍ، أو بِفِعلِ البائِعِ؛ لأَنَّه هَلَكَ بَعضُه بلا خَلَفٍ، لأنَّه لا يَجبُ الضَّمانُ على البائِعِ لأنَّه مِلْكُه، فَيَنفَسِخُ البَيعُ فيه لِفواتِه، ولا يُمكنُ بَقاءُ العَقْدِ في القائِمِ، لِما فيه مِن تَفريقِ الصَّفْقَةِ على المُشتري قبلَ التَّمامِ.

وأما إذا تَعَيَّبَ بِفِعلِ المُشتري أو بِفِعلِ الأجنبيِّ كانَ البائِعُ على خِيارِه؛ لأنَّه يُمكِنُه إجازَةُ البَيعِ في الفائِتِ والقائِمِ، لأنَّه فاتَ إلى خَلَفٍ مَضمونٍ على المُشتري والأجنبيِّ بِالقيمَةِ، لأنَّهما أتلَفا مِلكَ الغَيرِ بِغَيرِ إذنِه.

وأما إذا كانَ عَيبًا لا يوجِبُ نُقصانًا في عَينِ المَبيعِ كالوَطءِ مِنَ الأجنبيِّ وَوِلادَةِ الوَلَدِ ونحوِ ذلكَ لا يَسقُطُ خِيارُه إذا تَعَيَّبَ بِفِعلِ البائِعِ، حتى لو أرادَ أنْ يَرُدَّ على البائِعِ بِغَيرِ رِضاه ليسَ له ذلك، ولكنْ لِلمُشتري حَقُّ الرَّدِّ بِسَبَبِ العَيبِ؛ لأَنَّه لم يَفُتْ شَيءٌ مِنَ المَبيعِ، فَيَنفَسِخُ العَقْدُ فيه فتَتَفَرَّقُ الصَّفْقَةُ على المُشتري، وكذلك إذا تَعَيَّبَ بِفِعلِ المُشتري لأنَّه مَضمونٌ عليه بِالقيمَةِ.

وإما إذا كانَ الخِيارُ لِلمُشتري والعبدُ في يَدِه يَبطُلُ خِيارُه، سواءٌ حَصَلَ بِآفَةٍ سَماويَّةٍ أو بِفِعلِ البائِعِ أو بِفِعلِ المُشتري أو بِفِعلِ الأجنبيِّ، حتى لو أرادَ أنْ يَرُدَّ على البائِعِ بِغَيرِ رِضاه ليسَ له ذلكَ، أما في الآفَةِ السَّماويَّةِ وفِعلِ البائِعِ فَلِما ذَكَرْنا في خِيارِ البائِعِ، وأما في فِعلِ المُشتري والأجنبيِّ فَلِأنَّه فاتَ شَرْطُ الرَّدِّ؛ لأنَّه لا يُمكنُه أنْ يَرُدَّ جميعَ ما قَبَضَ كما قَبَضَ سَليمًا، وفي رَدِّ البَعضِ تَفريقُ الصَّفْقَةِ على البائِعِ قبلَ التَّمامِ، وفي

الأجنبيِّ عِلَّةٌ أخرى، وهي أنَّه وَجَبَ الأَرْشُ، والأَرْشُ زِيادَةٌ مُنفَصِلَةٌ حَدَثَتْ بعدَ القَبْضِ، وأنَّها تَمنَعُ الفَسْخَ عندَنا لِسائِرِ أسبابِ الفَسْخِ، فكَذا بِحُكمِ الخيارِ.

ثُمَّ في خِيارِ البائِعِ إذا تَعَيَّبَ بِفعلِ المُشتري أو بِفعلِ الأجنبيِّ[1] وهو في يَدِ المُشتري لم يَسقُطِ الخِيارُ، وبقيَ على خِيارِه فلا يَخلو إمَّا أنْ يُجيزَ أو يَفْسَخَ، والعَيبُ حاصِلٌ بِفعلِ المُشتري أو الأجنبيِّ، فإنْ أجازَ البيعَ وَجَبَ على المُشتري جَميعُ الثَّمَنِ؛ لأنَّ البيعَ جائِزٌ في الكُلِّ، ولم يَكُنْ لِلمُشتري حَقُّ الرَّدِّ والفَسْخِ بِسَبَبِ التَّغييرِ الذي حَصَلَ في المَبيعِ، لأنَّه حَدَثَ في يَدِه وفي ضَمانِه، إلا أنَّ المُشتريَ إنْ كانَ هو القاطِعَ فلا سَبيلَ له على أَحَدٍ؛ لأنَّه ضَمِنَ بِفعلِ نَفْسِه، وإنْ كانَ القاطِعُ أجنَبيًّا فَلِلمُشتري أنْ يَتبَعَ الجانيَ بالأَرْشِ؛ لأنَّه بالإجازَةِ مَلَكَ العَبْدَ مِنْ وَقتِ البَيعِ، فَحَصَلَت الجِنايَةُ على مِلكِه.

وإنْ اختارَ الفَسْخَ إنْ كانَ القاطِعُ هوَ المُشتريَ فإنَّه يأخُذُ الباقيَ وَيَضمَنُ المُشتري نِصْفَ قيمةِ العَبدِ لِلبائِعِ؛ لأنَّ العَبدَ كانَ مَضمونًا على المُشتري بِالقيمَةِ، وقدْ عَجَزَ عَنْ رَدِّ ما أتلَفَه بِالجِنايَةِ، فَعلَيه رَدُّ قيمَتِه.

وإنْ كانَ القاطِعُ أجنَبيًّا فالبائِعُ بِالخِيارِ، إنْ شاءَ اتَّبعَ الجانيَ لأنَّ الجِنايَةَ حَصَلَتْ على مِلكِه، وإنْ شاءَ اتَّبعَ المُشتريَ؛ لأنَّ الجِنايَةَ حَدَثَتْ في ضَمانِ المُشتري، فإن اختارَ اتِّباعَ الأجنبيِّ فَلا يَرجِعُ على أَحَدٍ؛ لأنَّه ضَمِنَ بِفعلِ نَفْسِه، وإن اختارَ اتِّباعَ المُشتري فالمُشتري يَرجِعُ بِذلِكَ على الجاني[2]؛ لأنَّ المُشتريَ بِأداءِ الضَّمانِ قامَ مَقامَ البائِعِ في حَقِّ مِلكِ البَدَلِ وإنْ لم يَقُمْ مَقامَه في حَقِّ مِلكِ نَفْسِ الفائِتِ، كما في غاصِبِ المُدَبَّرِ إذا قُتِلَ المُدَبَّرُ في يَدِه وَضَمِنَ المالِكُ، كانَ له أنْ يَرجِعَ على القاتِلِ، وإنْ لم يَمْلِك المُدَبَّرَ لِما قُلنا، كذلِكَ هذا.

---

(١) في «أ»: (البائع).

(٢) في «أ»: (الأجنبي).

وأما معرِفَةُ عَمَلِ خِيارِ الشَّرْطِ وَحُكمُه فنقولُ:

قالَ عُلَماؤنا: إنَّ البيعَ بِشَرْطِ الخِيارِ لا يَنْعَقِدُ في حَقِّ الحُكْمِ، بل هوَ مَوقوفٌ إلى وَقْتِ سُقوطِ الخِيارِ، فَيَنعَقِدُ حِينَئِذٍ.

وقالَ الشافعيُّ في قَولٍ مثلِ قَولِنا، وفي قَولٍ يَنعَقِدُ مُفيدًا للمِلكِ، لكنْ يَثبُتُ له خِيارُ الفَسْخِ بِتَسليطِ صاحِبِه كَما في خِيارِ الرُّؤيَةِ وخِيارِ العَيْبِ[١].

والصَّحيحُ قولُنا؛ لأنَّ خِيارَ الشَّرطِ شُرِعَ لِدَفعِ الغُبْنِ بِحَديثِ حَبَّانِ بنِ مُنْقِذٍ، وذلك لا يَحْصُلُ إلا بِما ذَكَرْنا، فإنَّ المَبيعَ إذا كانَ قَريبَه يَعْتِقُ عَلَيه، لو ثَبَتَ المِلكُ فَلا يَحْصُلُ الغَرَضُ.

ثُمَّ الخِيارُ إذا كانَ لِلعاقدَينِ جَميعًا لا يكونُ العَقْدُ مُنعَقِدًا في حَقِّ الحُكْمِ في حَقِّهِما جَميعًا، وإنْ كانَ الخِيارُ لِأَحَدِ العاقِدَينِ لا شَكَّ أنَّ العَقْدَ لا يَنعَقِدُ في حَقِّ الحُكْمِ في حَقِّ مَنْ له الخِيارُ.

أما في حَقِّ الآخَرِ هل يَنعَقِدُ في حَقِّ الحُكْمِ، وهو الحُكْمُ الذي يَثبُتُ بِفِعلِه، أعني ثُبوتَ المِلكِ في المَبيعِ، بِتَمليكِ البائِعِ وثبوتِ المِلكِ في الثَّمَنِ بِتَمليكِ المُشتري:

قال أبو حنيفةَ: لا يَنعَقِدُ.

وقالَ أبو يوسفَ ومحمدٌ: يَنعَقِدُ، حتى إنَّ الخِيارَ إذا كانَ لِلبائِعِ لا يَزولُ المَبيعُ عَنْ مِلكِه، ولا يَدخُلُ في مِلكِ المُشتري.

وأما الثَّمَنُ هل يَدْخُلُ في مِلكِ البائِعِ؟

عندَ أبي حنيفةَ: لا يَدخُلُ بِأنْ كانَ الثَّمَنُ عَينًا ولا يَستحِقُّ عَلَيه الثَّمَنُ لِلبائِعِ[٢] إنْ كانَ دَينًا.

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (٣/ ٣٢٤)، والبيان في مذهب الإمام الشافعي (٥/ ٤٠).

(٢) في «أ» و«ز»: (البائعُ).

وعندَهُما: يَدْخُلُ وَيَجِبُ الثَّمَنُ لِلبائِعِ.

وإنْ كانَ الخِيارُ لِلمُشتري لا يَستَحِقُّ عَلَيه الثَّمَنُ، ولا يَخْرُجُ عن مِلكِه إذا كانَ عَينًا، وهل يَدخُلُ المَبيعُ في مِلكِ المُشتري أم لا؟

عندَ أبي حنيفةَ يَزولُ عَن مِلكِ البائِعِ ولا يَدخُلُ في مِلكِ المُشتري.

وعندَهُما يَدخُلُ.

والصَّحيحُ قَولُ أبي حنيفةَ؛ لأنَّ خِيارَ المُشتري يَمنَعُ زَوالَ الثَّمَنِ عَن مِلكِه، ويَمنَعُ مِن استحقاقِ الثَّمَنِ عَلَيه، ولو قُلنا إنَّه يَملِكُ المَبيعَ كانَ فيه جَمعًا بينَ البَدَلِ والمُبدَلِ في مِلكِ رَجُلٍ واحِدٍ في عَقْدِ المُبادَلَةِ، وهذا لا يَجوزُ، بِخِلافِ خِيارِ الرُّؤيَةِ والعَيبِ؛ لأنَّ هناكَ لا يَمنَعُ زوالَ الثَّمَنِ عَن مِلكِ المُشتري، فَجازَ ألَّا يَمنَعَ دُخولَ السِّلعَةِ في مِلكِه.

وفوائدُ هذا الأصلِ تَظهَرُ في مَسائِلَ كَثيرَةٍ مَذكورَةٍ في الكُتُبِ نَذكُرُ بَعضَها.

منها: إذا اشترى الرَّجُلُ أباه أو ذا رَحِمٍ مَحرَمٍ مِنه، على أنَّه بِالخِيارِ ثَلاثَةَ أيَّامٍ لَم يَعتِقْ عندَ أبي حنيفةَ؛ لأنَّه لم يَدخُلْ في مِلكِه، وعندَهما يَعتِقُ.

وأجْمَعوا أنَّه إذا قالَ لِعَبدِ الغَيرِ إذا اشتَرَيتُكَ فَأنتَ حُرٌّ فاشتراه على أنَّه بِالخِيار ثَلاثَةَ أيَّامٍ يَعتِقُ عليه، ويَبطُلُ خِيارُه، أما عندَهُما فَلِأنَّه دَخَلَ في مِلكِه، وأما عندَ أبي حنيفةَ فَلِأنَّ المُعَلَّقَ بِالشَّرطِ كالمُنجَّزِ عندَ وجودِ الشَّرْطِ، ولو نَجَّزَ عِتقَه بعدَ شِرائِه بِشَرْطِ الخِيارِ يَنفُذُ عِتْقُه ويَبْطُلُ الخِيارُ، لاخْتيارِه المِلكَ، كذا هذا.

ومنها: إذا اشْترى زَوجَتَه على أنَّه بِالخِيارِ ثلاثةَ أيَّام[1] لا يَبطُلُ نِكاحُه عندَ أبي حنيفةَ؛ لأنَّها لم تَدخُلْ في مِلكِه، وعندَهُما يَبطُلُ لأنَّها دَخَلَتْ في مِلكِه.

ولو وَطِئَها الزَّوجُ في مُدَّةِ الخِيارِ فإنَّه يُنظَرُ إنْ كانَتْ بِكرًا يَبطُلُ خِيارُه بالاتِّفاقِ، لِوجودِ التَّعييبِ، وإنْ كانَتْ ثَيِّبًا ولم يُنقِصْها الوَطءُ لا يَبطُلُ خِيارُه عندَ أبي حنيفةَ، لأنَّه

(١) سقط من «ز» و«س»: (على أنه بالخيار ثلاثة أيام).

وَطِئَها بِمِلكِ النّكاحِ لا بِمِلكِ اليَمينِ، فلا يَصيرُ مُختارًا ضَرورَةَ حِلِّ الوَطءِ[1]، وعندَهُما بَطَلَ خِيارُه لأنه وطئها بحكم الشِّراءِ.

ومنها: أنَّ المَبيعَ إذا كانَ دارًا إنْ كانَ الخِيارُ لِلبائِعِ لم يَكُنْ لِلشَّفيعِ الشُّفْعَةُ بِالإجماعِ؛ لأنَّ خِيارَ البائِعِ يَمنَعُ زَوالَ المَبيعِ عَن مِلكِه، وإنْ كانَ الخِيارُ للمُشتري تَثْبُتُ الشُّفعَةِ للشَّفيعِ بالإجماعِ، أما عندَهُما فَلِأنَّ خِيارَه لا يَمنَعُ دُخولَ السِّلعَةِ في مِلكِ المُشتري، فَثَبَتَت الشُّفْعَةُ لِلشَّفيعِ، وعلى قَولِ أبي حنيفةَ خِيارُ المُشتري وإنْ مَنَعَ دُخولَ السِّلعَةِ في مِلكِ المُشتري لم يَمنَعْ زَوالَها عَن مِلكِ البائِعِ، وحَقُّ الشَّفيعِ في الشُّفْعَةِ يَعتَمِدُ زَوالَ حَقِّ البائِعِ لا مِلكَ المُشتري.

وأما كَيفِيَّةُ الفَسْخِ والإجازَةِ فَهوَ على ضَربَين:

أحدُهُما: بطَريقِ الضَّرورَةِ، والآخرُ بطَريقِ القَصْدِ والاختيارِ:

أمَّا الفَسخُ والإجازةُ بطريقِ الضَّرورةِ فيصِحُّ مِن غيرِ حَضرَةِ خَصمِه وعِلْمِه، كمُضِيِّ مُدَّةِ الخيارِ، وهلاكِ المَبيعِ ونُقصانِه على ما ذَكرنا.

وأمَّا الفَسخُ والإجازةُ بطريقِ القَصدِ فأَجمَعَ أَصحابُنا على أنَّ المَشروطَ لَه الخيارُ يملِكُ إجازةِ العَقدِ بغيرِ مَحضَرِ مِن صاحِبِهِ، وبغَيرِ عِلمٍ مِنه؛ لأنَّ صاحبَهُ الذي لا خِيارَ لَه رَضِيَ بُحُكمِ العَقدِ، فأمَّا مَن لَه الخيارُ لَم يَرضَ بُحكمِه ولُزومِه، فإذا رَضِي ورِضَا الآخرِ قد وُجِدَ؛ فيَجِبُ القولُ بنَفاذِ البيعِ، عَلِمَ الآخرُ أَو لَم يَعلَم، لكنْ بشَرط الرِّضا باللِّسان، بأَن قالَ: «أَجَزتُ هذا العقدَ أَو رَضيتُ به»، فأمَّا إذا رَضِيَ بقَلبِه وما أجازه صريحا فإنَّه لا يَسقُطُ خِيارُه؛ لأنَّ الأحكامَ الشَّرعيَّةَ تَتعلَّقُ بالأقوالِ والأفعالِ الظَّاهرةِ الدَّالةِ على الضَّمائرِ.

فأمَّا الفَسخُ والرَّدُّ إن وُجد بالقلبِ دونَ اللِّسانِ فهو باطلٌ أيضًا لمَا ذَكَرنا.

وأمَّا إذا فَسخَ بلسَانه إنْ كانَ بمَحضَرِ مِن صاحِبِهِ فإنَّه يَصِحُّ بالإجماعِ سَواء رضيَ به

(١) سقط من «ز» و«س»: (فلا يصير مختارًا ضرورة حلِّ الوطء).

أو أبى، فأما إذا كانَ بِغَيرِ مَحضَرٍ مِنْ صاحِبِه:

قالَ أبو حنيفةَ ومحمدٌ: لا يَصِحُّ، وهو قَولُ أبي يوسفَ الأول، سَواءٌ كانَ الخِيارُ لِلبائِعِ أو لِلمُشتري، ثم رَجَعَ وقالَ بأنَّه يَصِحُّ، ورُويَ عنه أنَّه قالَ: إنْ كانَ الخِيارُ لِلبائِعِ يَملِكُ فَسخَه بِغَيرِ مَحضَرٍ مِنَ المُشتري، وإنْ كانَ الخِيارُ لِلمُشتري لا يَملِكُ فَسخَه بِغَيرِ مَحضَرٍ مِنَ البائِعِ.

ونَعني بالحَضْرَةِ العِلمَ، حتى لو كانَ الآخِرُ حاضِرًا ولم يَكُنْ عالِمًا بِفَسخِه لا يَصِحُّ، وإنْ كانَ غائِبًا وعَلِمَ بِفَسخِه في مُدَّةِ الخِيارِ ينبغي أنْ يَصِحَّ.

وذَكَرَ الكَرخِيُّ أنَّ خِيارَ الرُّؤيَةِ على هذا الخِلافِ.

وأجْمَعوا أنَّ المُشتري في خِيارِ العَيبِ إذا فَسَخَ بِغَيرِ مَحضَرٍ مِنَ البائِعِ لا يَصِحُّ، وإنْ كانَ قَبلَ القَبْضِ، والمَسألَةُ مَعروفَةٌ.

ولو اشترى رَجُلانِ على أنَّهما بالخِيارِ ثلاثَةَ أيامٍ، أو اشتَرَيا شَيئًا ولم يَرَياه، أو اشتَرَيا شَيئًا فَوَجَدا به عَيبًا، هل يَملِكُ أحَدُهُما أنْ يَنفَرِدَ بالفَسْخِ؟

على قَولِ أبي حنيفةَ لا يَمْلِكُ، ولو رَدَّ لا يَصِحُّ[1].

وعلى قَولِهما يَصِحُّ.

وإنَّما يَصِحُّ عندَ أبي حنيفةَ إذا اتفَقا على الرَّدِّ أو اتفَقا على الإجازَةِ[2]، فأما إذا رَدَّ أحَدُهُما وأجازَ الآخرُ فَهوَ على الاختلافِ.

وكذا لو اختارا رَدَّ البَيعِ في النِّصفِ وأجازا البَيعَ في النِّصفِ فَهو على الاختلافِ، والمَسألَةُ مَعروفَةٌ.

❀❀❀

---

(١) وعلى قول أبي حنيفة مشى في «الدر المختار»، انظر «حاشية ابن عابدين» (٤/ ٥٨٧).

(٢) في «ز» و«س»: (الفسخ).

بابُ خيارِ الرُّؤيةِ

نَحتاجُ إلى:

- بيانِ مَشروعيَّةِ خِيارِ الرُّؤيةِ.

- وإلى بيانِ أنَّهُ في أيِّ وقتٍ يثبتُ.

- وفي بيانِ أنَّه يَثبتُ مُطلَقًا أو مُؤقَّتًا.

- وفي بيانِ حُكمِهِ.

- وفي بيانِ ما يُسقِطُهُ.

أمَّا الأوَّل: قال أصحابُنا: إنَّ خيارَ الرؤيةِ مَشروعٌ في شراءِ ما لم يَرَهُ المشتري، فيجوزُ الشراءُ، ويثبتُ لهُ الخيارُ.

وقال الشافعيُّ: شراءُ ما لم يَرَهُ المشتري لا يَصِحُّ، ولا يكونُ فيهِ الخيارُ مَشروعًا[1].

ولو باعَ شيئًا لم يَرَهُ البائع، ورآهُ المشتري يَجوزُ عندَنا، وللشافعيِّ فيهِ قولانِ[2]، وهل يَثبتُ للبائعِ فيهِ خيارُ الرؤيةِ؟ لم يُذكَرْ في ظاهرِ الروايةِ، وذَكَرَ الطَّحاويُّ في اختلافِ العلماءِ أنَّ أبا حنيفةَ كانَ يقولُ بأنَّهُ يثبتُ لهُ الخيارُ، ثُم رجعَ فقالَ: لا يثبتُ.

وأمَّا بيانُ وقتِ ثبوتِ الخِيارِ، فنقولُ: يثبتُ الخِيارُ عندَ رُؤيةِ المُشتري لا قبلَها، حتى لو أجازَ البيعَ قَبلَ الرؤيةِ لا يِلزَمُ البيعُ، ولا يسقطُ الخِيارُ.

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (٥/ ١٤)، والتنبيه في الفقه الشافعي (ص: ٨٨)، ونهاية المطلب في دراية المذهب (٥/ ٦).

(٢) انظر: المجموع شرح المهذب (٩/ ٢٩٠)، وروضة الطالبين وعمدة المفتين (٣/ ٣٧٠)، وكفاية النبيه في شرح التنبيه (٩/ ٥٠-٥١).

وهل يملكُ الفسخَ قبلَ الرؤية؟ لا روايةَ في هذا، واختلفَ المشايخُ:

قال بعضُهم: لا يملكُ؛ لأنَّه لا يَملكُ الإجازةَ قبلَ الرؤيةِ، فلا يملكُ الفسخَ، لأنَّ الخيارَ لم يثبتْ.

وبعضُهم قالوا: يملكُ الفسخَ لا بسَبَبِ الخِيارِ؛ لأنَّهُ غيرُ ثابتٍ، ولكنَّ شراءَ ما لم يَرَهُ المشتري غيرُ لازمٍ، والعقدُ الذي ليسَ بلازمٍ يجوزُ فَسخُهُ كالعاريَّةِ والوديعةِ[1].

وأمَّا بيانُ أنَّ الخِيارَ مُطلَقٌ أو مُؤقَّتٌ، اختلفَ المشايخُ فيهِ:

بعضُهم قالوا: يَثبتُ مُطلَقًا، فيكونُ لهُ الخِيارُ في جميعِ العمرِ، إلا إذا وُجِدَ ما يُسقِطُهُ.

وبعضُهم قالوا: بأنَّه مُؤقَّتٌ بوقتِ إمكانِ الفسخِ بعدَ الرؤيةِ، حتى لو تَمكَّنَ مِنَ الفسخِ بعدَ الرؤيةِ، فلم يفسخْ يَسقطُ خِيارُ الرؤيةِ، وإنْ لم توجدْ منهُ الإجازةُ والرضا صَريحًا ولا دَلالةً[2].

وأمَّا حُكمُهُ: فهوَ التخييرُ بينَ الإجازةِ والفسخِ إذا رأى المَبيعَ، ولا يَمنعُ ثُبوتَ الحُكمِ في البَدَلَينِ، ولكنْ يمنعُ اللزومَ، بخلافِ خِيارِ الشرطِ.

وإنما يَثبتُ الخِيارُ في بيعِ العَينِ بالعَينِ لكلِّ واحدٍ منهما، وفي بيعِ العينِ بالدَّينِ يثبتُ للمشتري.

ولا يثبتُ في بيعِ الدَّينِ بالدَّينِ وهو الصَّرفُ؛ لأنَّهُ لا فائدةَ فيهِ.

فأمَّا الحقُّ إذا كانَ عَينًا، وللناسِ أغراضٌ في الأعيانِ، فكانَ ثُبوتُ الخِيارِ لهُ فيهِ؛ لينظرَ أنَّهُ هل يَصلُحُ لهُ فيهِ فائدةٌ، فإنْ شاءَ أجازَ إنْ صَلَحَ لهُ، وإنْ شاءَ فَسخَ إنْ لم يَصلُحْ.

وهذا إذا رأى جَميعَ المَبيعِ.

---

(١) الأصح أنه يملك الفسخ قبل الرؤيا، انظر «حاشية ابن عابدين» (٤/ ٥٩٥).

(٢) الأصح أن خيار الرؤيا مطلق غير مؤقت، انظر «حاشية ابن عابدين» (٤/ ٥٩٥).

وأمَّا إذا رأى البعضَ، ورَضِيَ بِهِ، ولم يَرَ البعضَ هل يكونُ على خِيارِهِ أم لا؟

فنقولُ: الأصلُ في هذا النوعِ مِنَ المسائلِ:

وهوَ أنَّ غيرَ المَرئِيِّ إذا كانَ تَبعًا للمَرئيِّ فلا خِيارَ لهُ في غيرِ المَرئيِّ، وإنْ كانَ رؤيةُ ما رأى لا تُعرِّفُ حالَ ما لم يَرَهُ؛ لأنَّ حُكمَ التَّبَعِ حُكمُ الأصلِ.

وإنْ لم يَكنْ غيرُ المَرئيِّ تبعًا للمَرئيِّ، إنْ كانَ مَقصودًا بنفسِهِ كالمَرئيِّ يُنظَرُ:

إنْ كانَ رُؤيةُ ما قدْ رأى لم تُعرِّفْ حالَ غيرِ المَرئيِّ كانَ على خِيارِهِ فيما لم يَرَ؛ لأنَّ ما هُوَ المَقصودُ مِنَ الرؤيةِ فيما لم يُرَ لم يَحصلْ بِرُؤيةِ ما رَأى.

وإنْ كانَ رؤيةُ ما رأى تُعرِّفُ حالَ غيرِ المَرئيِّ فإنَّهُ لا خيارَ لهُ أصلًا في غيرِ المَرئيِّ إذا كانَ غيرُ المَرئيِّ مثلَ المَرئيِّ أو فوقَهُ؛ لأنَّهُ حصلَ برؤيةِ البعضِ رؤيةُ الباقي مِنْ حيثُ المعنى.

إذا ثبتَ هذا الأصلُ تُخرَّجُ عليهِ المسائلُ:

إذا اشترى جاريةً أو عبدًا فَرأى الوجهَ دُونَ سائرِ الأعضاءِ لا خِيارَ لهُ، وإنْ كانَ برؤيةِ الوجهِ لا يُعرَفُ حالُ سائرِ الأعضاءِ؛ لأنَّ سائرَ الأعضاءِ تَبعٌ للوجهِ في شراءِ العبدِ والجاريةِ في العادةِ.

ولو رأى سائرَ الأعضاءِ دونَ الوجهِ فهوَ على خِيارِهِ؛ لأنَّهُ لم يَرَ المَتبوعَ، هذا في بَني آدمَ.

أمَّا في سائرِ الحيواناتِ مثلِ الفَرَسِ والحمارِ ونحوِهِما، ذَكَرَ محمدُ بنُ سِماعةَ عنْ محمدٍ أنَّهُ قالَ: إنْ نظرَ إلى عَجُزِهِ سقطَ خِيارُهُ، وإنْ لم يَرَ عَجُزَهُ فهوَ على خِيارِهِ، جَعَلَ العَجُزَ في الحيواناتِ بمنزلةِ الوجهِ في بني آدمَ.

وعن أبي يوسفَ أنَّهُ قالَ: هو على خِيارِهِ ما لم يَرَ وجهَهُ ومُؤخَرَّهُ، فَجَعَلَ الأصلَ هذينِ العُضوَينِ وغيرَهما تَبعًا.

وأمَّا الشاةُ إذا اشتراها لِلَّحمِ رُويَ عن أبي يوسفَ أنَّهُ قالَ: لا بُدَّ مِنَ الجَسِّ بعدَ الرؤيةِ؛ حتى يَعرفَ سِمَنَها؛ لأنَّهُ هوَ المَقصودُ، وإنْ اشتراها للدَّرِّ والنَّسلِ فلا بُدَّ مِنْ رُؤيةِ سائرِ جسدِها، ومِنَ النَّظرِ إلى ضَرْعِها أيضًا؛ لأنَّها تختلفُ باختلافِ الضَّرْعِ.

فأمَّا في غيرِ الحيوانِ إنْ كانَ شيئًا واحدًا يُنظَرُ:

إنْ كانَ شيئًا منهُ مَقصودًا عندَ الناسِ في العادةِ، كالوجهِ في المَعافِرِ[1] والطَّنَافِسِ إذا رأى الوجهَ سَقَطَ الخِيارُ، كما في بَني آدمَ، وإنْ رأى الظهرَ لا يَسقطُ، هكذا روى الحسنُ في «المُجرَّدِ» عن أبي حنيفةَ: وإنْ لم يكنْ شيءٌ منهُ مَقصودًا كالكِرباسِ[2]، فإنَّ رؤيةَ بعضِهِ - أيَّ بعضٍ كانَ - كرؤيةِ الكلِّ؛ لأنَّ رؤيةَ بعضِهِ تُعرِّف الباقي؛ لأنَّ تَفاوُتَ الأطرافِ في ثوبٍ واحدٍ يسيرٌ، فإنْ وَجَدَ الباقي مثلَ المَرئيِّ أو فوقَهُ لا خِيارَ لهُ، وإنْ وَجدَهُ دونَهُ كانَ على خِيارِهِ كما ذَكرنا.

وإنْ كانَ المَعقودُ عليهِ دارًا أو بُستانًا، ذَكَرَ في كتابِ القسمةِ وقالَ: إنْ رأى خارجَ الدارِ وظاهرَها سَقَطَ خِيارُهُ وإنْ لم يَرَ داخلَها؛ لأنَّها شيءٌ واحدٌ، وفي البستانِ إذا رأى الخارجَ ورُؤوسَ الأشجارِ سَقطَ خِيارُهُ.

وعلى قولِ زُفَرَ لا يسقطُ الخِيارُ بدونِ رُؤيةِ الداخلِ.

ولكنَّ مشايخَنا قالُوا: تأويلُ ما ذُكِرَ في كتابِ القسمةِ أنَّهُ إذا لم يَكنْ في داخلِ الدارِ أبنيةٌ، وأمَّا إذا كان فيها أبنيةٌ لا يَسقطُ خِيارُهُ، ما لم يَرَ داخلَ الدارِ كلَّهُ أو بعضَهُ؛ لأنَّ الداخلَ هو المَقصودُ، والخارجَ كالتَّبعِ لهُ.

---

(١) المَعَافِر: نوع من الثياب، انظر «مختار الصحاح» (عفر).

(٢) الكِرباس ثوب من القطن الأبيض فارسي معرب، انظر «معجم لغة الفقهاء» (كربس).

وذَكَرَ القُدُورِيُّ أنَّ أصحابَنا قالوا: إنَّ أبا حنيفةَ أجابَ على عادةِ أهلِ الكوفةِ في زمانِهِ، فإنَّ دُورَهُم وبساتِينَهم لا تختلفُ مِنْ حيثُ التَّقطِيعُ والهيئةُ، وإنَّما تَختلفُ مِنْ حيثُ الصِغَرُ والكِبَرُ، وكذا مِنْ حيثُ صِغَرُ الأشجارِ وكِبرُها، وذلكَ يَحصلُ برؤيةِ الخارجِ، ورؤيةِ رؤوسِ الأشجارِ، وعادةُ سائرِ البلدانِ بخلافِهِ.

هذا إذا كانَ المَعقودُ عليهِ شيئًا واحدًا.

فأمَّا إذا كانَ أشياءَ إنْ كانَ مِنَ العَدَدِيَّاتِ المُتفاوِتةِ كالثيابِ التي اشتراها في جِرابٍ[١] أو البطاطيخِ في الشَّرِيْجَةِ[٢]، أوِ الرُّمانِ أو السَّفَرْجَلِ في القُفَّةِ[٣] والكُوَّارةِ[٤] إذا رأى البعضَ فإنَّهُ يكونُ على خِيارِهِ في الباقي؛ لأنَّ الكلَّ مَقصودٌ، ورؤيةُ ما رأى لا تُعرِّفُ حالَ الباقي؛ لأنَّها مُتفاوتةٌ.

وإنْ كانَ مَكِيلًا أو مَوزونًا أو عَدديًا مُتقاربًا فإنَّهُ إذا رأى البعضَ، ورَضِيَ بِهِ لا خِيارَ لهُ في الذي لم يَرَ إذا كانَ ما لم يَرَ مثلَ الذي رَأى؛ لأنَّ رُؤيةَ البعضِ مِنْ هذهِ الأشياءِ تُعرِّفُ حالَ الباقي، وهذا إذا كانَ في وعاءٍ واحدٍ.

فأمَّا إذا كانَ في وِعاءَينِ اختلفَ المشايخُ:

قالَ مشايخُ بَلخٍ: بأنَّهُ لا يكونُ رؤيةُ أحدِهما كرؤيةِ الآخرِ؛ لأنَّهُما شَيئانِ مُختلفانِ إذا كانا في وِعاءينِ، فكانا كالثوبَينِ.

وقال مشايخُ العراقِ: بأنَّ رُؤيةَ أحدِهما كرؤيتِهما جميعًا، إذا كانَ ما لم يَرَ مثلَ المَرئيِّ، وكذا رُويَ عن أبي يوسفَ، وهو الأصحُّ.

---

(١) الجِراب: الوعاء، انظر «لسان العرب» (جرب).

(٢) الشَّريجة: شيء ينسج من سعف النخل يحمل فيه البطيخ ونحوه، انظر «تاج العروس» (شرج).

(٣) القُفَّة: وعاء من القرع، انظر «مختار الصحاح» (قفف).

(٤) الكُوّارُ والكُوّارَةُ: شيء كالقِرطالة يتَّخذ من قضبان ضيِّق الرأس للنحل، وفي «المغرب»: الكوارة بالضم والتشديد: مُعَسَّل النحل إذا سوي من الطين، انظر «مختار الصحاح» (كور).

وهذا إذا كانَ المُشترى مُغيَّبًا في الوعاءِ.

فأمَّا إذا كانَ مُغيَّبًا في الأرضِ كالجَزَرِ والبصلِ والثومِ والفجلِ والسَّلْجَمِ[١] وبصلِ الزعفرانِ، ونحوِ ذلك، ففي أيِّ وقتٍ يسقطُ الخيارُ؟

لم يُذكَرْ هذا في ظاهرِ الروايةِ، ورَوى بِشرٌ عن أبي يوسفَ أنَّهُ قالَ: إنْ كانَ شَيئًا يُكالُ أو يُوزَنُ بعدَ القلعِ كالثومِ والبصلِ والجَزَرِ، فإنَّهُ إذا قَلعَ المشتري شيئًا بإذنِ البائعِ، أو قلعَ البائعُ بِرضَى المشتري سَقَطَ خِيارُهُ في الباقي؛ لأنَّ رُؤيةَ بعضِ المكيل[٢] كرؤيةِ الكلِّ.

فأمَّا إذا حصلَ القلعُ مِنَ المشتري بغيرِ إذنِ البائعِ لم يكنْ لهُ أنْ يَرُدَّ، سواءٌ رَضيِ بالمَقلوعِ أو لم يَرضَ، إذا كانَ المَقلوعُ شيئًا لهُ قِيمةٌ عندَ الناسِ؛ لأنَّهُ بالقلعِ صارَ مَعيبًا؛ لأنَّهُ كانَ يَنمو، ويَزيدُ، وبعدَ القلعِ لا ينمو، ولا يزيدُ، ويَتسارَعُ إليهِ الفَسادُ، وحُدوثُ العيبِ في المَبيعِ في يَدِ المُشتري بغيرِ صُنعِهِ يَمنعُ الرَّدَّ، فمعَ صُنعِهِ أَولى.

وإنْ كانَ المُغيَّبُ في الأرضِ ممَّا يُباعُ عَددًا كالفِجلِ والسِّلقِ ونحوِهِما فرؤيةُ البعضِ لا تكونُ رؤيةَ الكلِّ؛ لأنَّ هذا مِنَ العَدْدياتِ المُتفاوِتةِ، فرؤيةُ البعضِ لا تكفي كما في الثِّيابِ.

وإنْ قَلعَ المشتري بغيرِ إذنِهِ يَسقطُ خِيارُهُ لأجلِ العَيبِ، إذا كانَ المَقلوعُ شيئًا لهُ قِيمةٌ، فأمَّا إذا لم يكنْ لهُ قِيمةٌ لا يَسقطُ خِيارُهُ؛ لأنَّهُ لا يحصلُ بهِ العيبُ، وذَكَرَ الكَرخِيُّ هاهنا مُطلقًا مِنْ غيرِ التَّفصيلِ، وقالَ: إذا اشترى شيئًا مُغيَّبًا في الأرضِ مثلَ الجَزَرِ والبصلِ والثومِ وبصلِ الزَّعفرانِ وما أشبهَ ذلكَ فلهُ الخيارُ، إذا رأى جَميعَهُ فلا يكونُ رؤيةُ بعضِهِ مُبطلًا خيارَهُ، وإنْ رَضِيَ بذلكَ البعضِ فخِيارُهُ باقٍ إلى أنْ يَرى جَميعَهُ.

---

(١) السلجم هو اللفت، انظر «لسان العرب» (لفت).

(٢) في «أ»: (القليع).

وروى عمرٌو عن محمدٍ أنَّهُ قالَ: قالَ أبو حنيفةَ: المُشتري بالخِيارِ إذا قَلَعَ، قلتُ: فإنْ قَلَعَ البعضَ؟ قال: لم يَزِدْ أبو حنيفةَ على ما قلتُ لكَ، فأمَّا في قولِ أبي يوسفَ وقولي إذا قَلَعَ شيئًا ممَّا يُستدَلُّ بهِ على ما بَقِيَ في سِمَنِهِ وعِظَمِهِ، ورَضِيَ بِهِ المُشتري فهوَ لازمٌ لهُ.

فَهُما يقولانِ: إنَّ التَّفاوُتَ في هذهِ الأشياءِ ليسَ بغالِبٍ، فصارَ كالصُّبرة، وأبو حنيفةَ يقولُ: إنَّها تَختلِفُ مِنْ حيثُ الصِّغَرُ والكِبَرُ والجَودَةُ والرَّداءَةُ، فلم يُسقطِ الخِيارُ برؤيةِ البعضِ كالثيابِ.

ولوِ اشترى دُهْنَ سِمْسِمٍ في قَارُورةٍ فرأى الدُّهْنَ خارجَ القارورةِ، روى ابنُ سِمَاعَةَ عن محمدٍ أنَّهُ قالَ: يَكفِي، ويَسقُطُ خِيارُهُ؛ لأنَّ رُؤيتَهُ مِنَ الخارجِ تُعرِّفُ حالةَ الدُّهنِ، فكأنَّهُ رَآهُ خارجَ القارورةِ في قَصعةٍ ونحوِها ثم اشتراهُ، ورُوِيَ عن محمدٍ في روايةٍ أُخرى أنَّهُ لا يَبطُلُ ما لم يَنظرْ إلى الدُّهْنِ بعدَما يُخرَجُ منَ القارورة؛ لأنَّ لونَ الدُّهنِ ممَّا يَتغيَّرُ بلونِ القارورةِ.

ولو نظرَ في المِرآةِ، فرأى المبيعَ قالوا: لا يَسقطُ خِيارُهُ؛ لأنَّهُ ما رأى عينَ المَبيعِ، وإنَّما رأى مِثالَهُ، هكذا قالَ بعضُهم، والأصحُّ أنَّهُ يَرى عينَ المبيعِ، لكنْ يُعرفُ بهِ أصلُهُ، وقد تَتفاوَتُ هَيأتُهُ لتفاوتِ المِرآةِ[1].

وعلى هذا قالوا: مَنْ نَظَرَ في المرآةِ، ورَأى فَرجَ أمِّ امرأتِهِ عن شَهوةٍ لا تَثبُتُ حُرمةُ المصاهرةِ، ولو نَظَرَ إلى فَرجِ امرأتِهِ المُطلَّقةِ طلاقًا رَجعيًا عنْ شهوةٍ في المرآةِ لا يَصيرُ مُراجِعًا لِمَا قُلنا.

ولو اشترى سَمكًا في الماءِ يُمكِنُ أَخذُهُ مِنْ غيرِ اصطيادٍ، فرآهُ في الماءِ، قال بعضُهم: يَسقطُ خِيارُهُ؛ لأنَّهُ رَأى عينَ المَبيعِ، وقال بعضُهم: لا يَسقطُ، وهو الصحيحُ؛

---

(١) سقط من «ز» و«س»: (هكذا، قال بعضهم، والأصح أنه يرى عين المبيع، لكن يعرف به أصله، وقد يتفاوت هيأته لتفاوت المرآة).

لأنَّ الشيءَ لا يُرى في الماءِ كما هوَ، بل يُرى أكبرَ ممَّا هوَ، فهذهِ الرؤيةُ لا تُعرِّفُ حالَهُ حَقيقةً.

ولو وَكَّلَ رَجُلًا بالنظرِ إلى ما اشتراهُ، ولم يَرَهُ فَيلزمُ العقدُ إنْ رَضِيَ، ويَفسخُ إنْ شاءَ، قال: ويَصحُّ التوكيلُ، ويقومُ نَظرُهُ مَقامَ نَظَرِهِ؛ لأنَّهُ جَعَلَ الرأيَ إليهِ.

ولو وَكَّلَ بِقبضِهِ، فقَبَضَهُ، ورآهُ هل يَسقطُ خِيارُ المُوكِّلِ؟ يَسقطُ عندَ أبي حنيفةَ؛ لأنَّهُ مِنْ تَمامِ القبضِ، وعندَهما لا يَسقطُ.

وأجمعُوا أنَّهُ إذا أرسلَ رَسولًا يَقبضُهُ، فرآهُ الرسولُ، ورَضِيَ بهِ كانَ المُرسِلُ على خيارِهِ.

وأجمعُوا في خِيارِ العَيبِ إذا وَكَّلَ رَجلًا بِقبضِ المَبيعِ فَقَبَضَ الوكيلُ، وعلمَ بالعيبِ، ورَضِيَ بهِ لا يَسقطُ خيارُ المُوكِّلِ.

وأمَّا في خيارِ الشرطِ فلا روايةَ عن أبي حنيفةَ، واختلفَ المشايخُ، قال بعضُهم: على هذا الاختلافِ، وقال بعضُهم: لا يَسقطُ بالاتفاقِ.

وأمَّا بيانُ ما يَسقطُ بهِ الخِيارُ فنقولُ: إنَّ خيارَ الرؤيةِ لا يَسقطُ بالإسقاطِ صَريحًا، بأنْ قالَ المُشتري أسقطتُ خِياري، كذا روى ابنُ رُستمٍ عن محمدٍ أنَّهُ لا يَسقطُ قَبلَ الرؤيةِ ولا بعدَها، بخلافِ خِيارِ الشرطِ وخِيارِ العيبِ.

والفرقُ أنَّ هذا الخِيارَ ثَبَتَ شرعًا لِحكمةٍ فيهِ، فلا يَملِكُ العبدُ إسقاطَهُ كما في خِيارِ الرجعةِ، فإنَّهُ لو قال: أسقطتُ الرجعةَ، وأبطلتُ لا يبطلُ، ولكنْ إن شاءَ راجَعَ، وإن شاءَ تَركَها حتى تَنقَضِيَ العِدَّةُ فَتبطلَ الرجعةُ حُكمًا، بخِلافِ خِيارِ الشرطِ، فإنَّهُ ثَبتَ بشرطِهِما، فجازَ أنْ يَسقُطَ بإسقاطِهِما، وكذلكَ خِيارُ العَيبِ، فإنَّ السلامةَ مَشروطةٌ مِنَ المُشتَري عادةً، فهوَ كالمَشروطِ صَريحًا.

ثُم خِيارُ الرؤيةِ إنَّما يَسقطُ بِصَريحِ الرِّضى، ودلالةُ الرِّضى بعدَ الرؤيةِ لا قَبلَ الرؤيةِ، ويَسقطُ بتَعذُّرِ الفَسْخِ، وبلزومِ العقدِ حُكمًا وضرورةً قَبلَ الرؤيةِ وبعدَها لِمَا ذَكرنا أنَّهُ لا يثبتُ في الأصلِ إلا بعدَ الرؤيةِ، فلا يجوزُ أنْ يَسقطَ بالرِّضى صَريحًا ودلالةً إلا بعدَ ثُبوتِهِ، حتى إنَّهُ إذا رَأى وصَلُحَ لهُ يُجيزُهُ، وإنْ لم يَصلُحْ لهُ يَرُدَّهُ؛ لأنَّهُ شُرِعَ نَظرًا لهُ.

ولكنْ إذا تَعذَّرَ الفَسخُ بأيِّ سببٍ كانَ، أو لَزمَ العقدُ بِطريقِ الضرورةِ يَسقطُ قَبلَ الرؤيةِ أو بعدَها[١]، فإنَّهُ لا فائدةَ في حقِّ ثبوتِ الفَسخِ، فالتَزمَ العقدُ ضرورةً، ويجوزُ أنْ يَثبتَ الشيءُ ضرورةً، وإنْ كانَ لا يَثبتُ قَصدًا كالموكِّلِ لا يَملك عَزلَ الوكيلِ بِدونِ عِلمِهِ قَصدًا، ويَملِكُ ضرورةً، بأنْ باعَ المُوكِّلُ بنفسِهِ، أو اشترى، فَيُعزَلُ الوَكيلُ.

إذا ثَبتَ هذا تُخرَّجُ عليهِ المسائلُ.

إذا وَهَبَ المَبيعَ مِنْ غيرِهِ، ولم يُسلِّمْهُ، أو عَرَضَهُ على البيعِ ونحوُهُما قبلَ الرؤيةِ لا يَسقطُ؛ لأنَّهُ لا يَسقطُ بِصريحِ الرِّضى في هذهِ الحالةِ، فكذلكَ لا يَسقطُ بدلالةِ الرِّضى.

ولو أَعتقَ المُشتري العبدَ، أو دَبَّرَهُ، أو استولَدَ الجاريةَ فإنَّهُ يَسقُطُ الخِيارُ قَبلَ الرؤيةِ وبعدَها؛ لأنَّهُ تَعذَّرَ الفَسخُ، ولأنَّ هذهِ الحُقوقَ لازمةٌ أَثبَتَها للعبدِ، ومِنْ ضرورةِ ثُبوتِ الحقِّ اللازمِ مِنَ المالِكِ لِغيرِهِ لُزومُ المِلكِ لهُ فَيثبُتُ اللزومُ شَرعًا ضَرورةَ ثُبوتِ الحقِّ اللازمِ شرعًا، ومتى ثَبتَ اللُّزومُ تَعذَّرَ الفسخُ.

ولو رَهَنَهُ المُشتري، ولم يُسلِّمْ، أو آجَرَهُ مِنْ رَجلٍ، أو باعَهُ على أنَّ المُشتري بالخِيارِ يَسقطُ خِيارُهُ قَبلَ الرؤيةِ وبعدَها، حتى لوِ افتكَّ الرَّهنَ، أو مَضَتِ المُدَّةُ في الإجارةِ، أو رَدَّهُ على المُشتري بخِيارِ الشرطِ، ثُم رَآهُ لا يَكونُ لهُ الرَّدُّ بخِيارِ[٢] الرؤيةِ؛

---

(١) في «أ»: (وبعدها).

(٢) في «ز»: (بخلاف خيار).

لأنَّهُ أَثبتَ حَقًّا لازمًا لِغيرِهِ بهذهِ التصرُّفاتِ، فيكونُ مِنْ ضَرورتِهِ لُزومُ المِلكِ لهُ، وذلكَ بامتِناعِ ثُبوتِ الخِيارِ، فيَبطُلُ ضرورةً؛ لأَنَّهُ لا فائدةَ فيهِ.

وفي خِيارِ العَيبِ لا يَسقطُ بهذهِ التصرُّفاتِ؛ لأنَّ ثَمَّةَ العقدُ لازمٌ معَ العَيبِ بعدَ القبضِ، حتى لا يُمكنُهُ الرَّدُّ إلا بقضاءٍ أو رِضًى، وهاهنا بخلافِهِ، وإذا كانَ لازِمًا فلا يَسقطُ الخِيارُ لِضرورةِ اللُّزومِ، فإنَّهُ لازِمٌ.

وعلى هذا المُشتريْ إذا كاتبَ عبدَهُ، ثُم عَجزَ العَبدُ، ورَدَّهُ في الرِّقِّ ثُم رَآهُ لا يَثبتُ لَهُ خِيارُ الرؤيةِ؛ لأنَّ الكتابةَ عَقدٌ لازمٌ.

وكذلكَ لو وَهَبَ، وسَلَّمَ قَبلَ الرؤيةِ؛ لأنَّهُ أثبتَ بالتسليم حقًّا لازمًا، فإنَّهُ لا يَقدِرُ على الرُّجوعِ إلا بقضاءٍ أو رِضًى.

هذا إذا كانَ المُشتري بَصِيرًا، فأمَّا إذا كانَ أعمى حتى ثبتَ لهُ الخيارُ بسببِ جَهالةِ الأوصافِ، لِعدمِ الرؤيةِ بماذا يَسقطُ خِيارُهُ؟ اختلفَتِ الرواياتُ عنْ أصحابِنا فيهِ:

والحاصلُ أنَّ ما يمكنُ جَسُّهُ، وذَوقُهُ، وشَمَّهُ يُكتفَى بذلكَ لِسقوطِ خِيارِهِ في أَشهَرِ الرواياتِ، ولا يُشترَطُ بيانُ الوصفِ لهُ، ويكونُ ذلكَ بمنزلةِ رؤيةِ البصيرِ.

وفي روايةِ هشامٍ عن محمدٍ أنَّهُ يُعتبَرُ الوصفُ معَ ذلكَ؛ لأنَّ التعريفَ الكامِلَ في حَقِّهِ يَثبتُ بهذا.

وأمَّا ما لا يُمكِنُ جَسُّهُ كما إذا اشترى أثمارًا على رُؤوسِ الأشجارِ، فإنَّهُ يُعتبَرُ فيهِ الوصفُ لا غيرَ في أَشهَرِ الرواياتِ، وفي رِوايةٍ يُوقَفُ في مكانٍ لو كانَ بَصيرًا لَرأى ذلكَ.

وأمَّا إذا كانَ المَبيعُ دَارًا أو عَقارًا فالأصحُّ مِنَ الرواياتِ أنه يُكتفى فيه بالوَصفِ، فإذا رَضِيَ به كانَ بمَنزلةِ النَّظَرِ مِنَ البَصيرِ.

وقالوا في الأعمى: إذا اشترى شَيئًا، فوُصِفَ لهُ، ورَضِيَ بذلكَ، ثم زَالَ العَمى فلا

خِيارَ لهُ؛ لأنَّ الوَصفَ خَلَفٌ عَنِ الرُّؤيةِ في حَقِّهِ، والقُدرةُ على الأصلِ بعدَ حُصولِ المَقصودِ بالبَدَلِ لا يُسقِطُ حُكمَ البَدَلِ.

ولو اشتَرى البصيرُ شَيئًا لم يَرَهُ، فَوُصِفَ لهُ، ورَضِيَ بِهِ لم يَسقطْ خِيارُهُ؛ لأَنَّهُ لا عِبرةَ للخَلَفِ مَعَ القُدرَةِ على الأصلِ.

ولو اختلفَ البائعُ والمُشتري فقالَ البائعُ: «بِعتُكَ هذا الشيءَ وقدْ رأيتَهُ»، وقالَ المُشتري: «لم أرَهُ»، فالقولُ قولُ المُشتري؛ لأنَّ البائعَ يَدَّعِي عليهِ إلزامَ العقدِ، وهوَ مُنكِرٌ، فيكونُ القولُ قولَهُ، ويَستحلِفُ المُشتري؛ لأنَّ البائعَ يَدَّعي عليهِ سقوطَ حَقِّ الفسخِ، ولزومَ العقدِ، وهذا ممَّا يَصِحُّ بَذلُهُ والإقرارُ بهِ، فيَجري فيهِ الاستحلافُ.

ولو رأى عبدًا أو دَابَّةً، ثُم اشترى بعدَ ذلكَ بشهرٍ أو نحوِهِ فلا خِيارَ لهُ؛ لأَنَّهُ اشترى شيئًا قدْ رَآهُ، وثُبوتُ هذا الخِيارِ مُعلَّقٌ بشراءِ شيءٍ لم يَرَهُ، ولأنَّ ما هوَ المَقصودُ مِنَ الخِيارِ قد ثَبَتَ، فكانَ الإقدامُ على الشراءِ دَلالةَ الرِّضى.

ولو اختلفا، فقال المُشتري: «قَد تَغيَّرَ عنِ الحالةِ التي رَأَيتُهُ»، والبائعُ يُنكِرُ، فالقولُ قولُ البائعِ معَ يَمينِهِ؛ لأنَّ دَعوى التَّغيُّرِ إمَّا أنْ تكونَ دَعوى العَيبِ، أو تَبدُّلَ هَيئتِهِ في ما يَحتمِلُ التَّبدُّلَ، وهذا دَعوى أمرٍ عارضٍ، فيكونُ القولُ قولَ مَنْ تَمسَّكَ بالأصلِ، واللهُ تعالى أعلم.

❁ ❁ ❁

باب خيار العيب

الكلامُ فيهِ في مَواضِعَ:

- في بيانِ شرعيَّةِ خِيارِ العَيبِ.
- وفي بيانِ العُيوبِ التي تُوجِبُ الخِيارَ جُملةً وتَفصيلًا.
- وفي بيانِ كَيفيَّةِ الرَّدِّ.
- وفي بيانِ ما يَمنعُ الرَّدَّ، ويُسقِطُ الخِيارَ.
- وفي بيانِ ما يَمنعُ الرُّجوعَ بنقصانِ العَيبِ وما لا يَمنعُ.
- وفي بيانِ الإبراءِ عَنِ العُيوبِ.

أمَّا الأوَّلُ: فلأنَّ سلامةَ البَدَلَينِ في عقدِ المُبادَلَةِ مَطلوبةٌ عادةً، فيكونُ بِمنزِلَةِ المَشروطِ صَريحًا، ولو اشترى جاريةً على أنَّها بِكرٌ أو خَبَّازَةٌ ولم يُوجَدْ، ثَبتَ الخِيارُ لِفواتِ غَرَضِه، كذا هذا.

وأمَّا بيانُ العيوبِ المُوجِبةِ للخِيارِ في الجملةِ، فنقولُ: كلُّ ما أَوجَبَ نُقصانَ الثمنِ والقيمةِ في عادةِ التُّجَّارِ فهوَ عَيبٌ يُوجِبُ الخِيارَ، وما لا يُوجِبُ نُقصانَ الثمنِ والقِيمةِ فليس بِعيبٍ.

وأمَّا تَفصيلُ العُيوبِ فهيَ على نَوعَينِ:

- أحدُهُما: ما يُوجبُ فَواتَ جُزءٍ مِنَ المَبيعِ أو تَغييرَهُ مِنْ حيثُ الظاهرُ دُونَ الباطِنِ.
- والثاني: ما يُوجِبُ النقصانَ مِنْ حيثُ المَعنى دُونَ الصورةِ.

أمَّا الأوَّلُ فكثيرٌ، نَحوَ العَمى، والعَوَرِ، والصَّمَمِ، والشَّلَلِ، والخَرَسِ، والبَكَمِ،

والقُرُوحِ، والشِّجَاجِ، وأثَرِ الجِراحِ، والزَّمانةِ، والإصبَعِ الناقصةِ، والسِّنِّ السوداءِ، والسنِّ الساقطةِ، والظُّفُرِ الأسوَدِ، والأمراضِ كلِّها التي تكونُ في سائرِ البَدَنِ والحُميَّات، وهذا كلُّهُ ظاهرٌ.

وأمَّا الثاني فنحو السُّعالِ القديمِ، وارتفاعِ الحيضِ في زمانٍ طويلٍ أدناهُ شَهرانِ فَصاعِدًا في الجَوارِي، ومنها صُهُوبَةُ الشَّعرِ، والشَّمَطُ[١] والشَّيبُ في العَبيدِ والجَواري، والبَخَرُ عيبٌ في الجواري دونَ العَبيدِ، إلا أنْ يكونَ فاحِشًا، أو يكونَ عن داءٍ، وكذلكَ الدَّفَرُ[٢]، ومِنها الزنـا عيبٌ في الجواري دونَ الغلمانِ، إلاَّ إذا كَثُرَ مِنهم، وصـارَ عـادةً لهم، فيكونُ عَيبًا.

وكذلكَ كونُهُ ولدَ الزنا يكونُ عَيبًا في الجَواري دُونَ العبيدِ، والحَبَلُ عيبٌ في الجاريةِ لا في البهائمِ، والنكاحُ في الجاريةِ والغلامِ عيبٌ، والكُفرُ عيبٌ في الجاريةِ والغلامِ، ومِنْ هذه الجملةِ السرقةُ، والإباقُ، والبولُ في الفِراشِ، والجنونُ.

وحاصِلُ الجوابِ فيهِ: أنَّها في الصَّغِيرِ الذي لا يَعقِلُ، ولا يأكلُ وحدَهُ لا يكونُ عَيبًا؛ لأنَّهُ لا يُعرفُ الامتناعُ مِنْ هذهِ الأشياءِ، فلا يَثبتُ بهِ وُجودُ العيبِ بالاحتمالِ، فأمَّا إذا كانَ صَبيًّا عاقلًا فإنَّهُ يكونُ عَيبًا، ولكنْ عندَ اتِّحادِ الحالةِ يَثبتُ حقُّ الرَّدِّ لا عندَ الاختلافِ بأنْ ثَبتَ أنَّهُ أَبَقَ عندَ البائعِ، ثُم يَأبَقُ عندَ المُشتري كِلاهما في حالةِ الصِّغَرِ، أو كلاهما في حالةِ الكِبَرِ؛ لأنَّ سببَ وُجودِ هذهِ الأشياءِ في حالةِ الصِّغَرِ عيبٌ، وهو قِلَّةُ المُبالاةِ، وقُصُورُ العقلِ، وضَعفُ المثانةِ، وفي حالةِ الكِبَرِ يكونُ السببُ سوءَ اختيارِهِ، وداءً في الباطنِ، فإذا اتَّفَقَ الحالانِ عُلِمَ أنَّ السببَ واحدٌ، فيكونُ هذا العيبُ ثابتًا عندَ

(١) الصُّهُبَةُ لون الحمرة في شعر الرأس واللحية، والشَّمَطُ بياض في شعر الرأس يخالطه سواد، انظر «لسان العرب» (صهب، شمط).

(٢) الدفر: النتن، أو نتن الإبط والأنف، انظر: «لسان العرب» (دفر) «حاشية ابن عابدين» (٥/ ١١).

البائعِ، فأمَّا إذا اختلفَ فلا يُعرفُ؛ لأَنَّهُ يجوزُ أنْ يَزولَ الذي كانَ عندَ البائعِ، ثُم حدثَ النوعُ الآخرُ عندَ المشتري، فلا يكونُ لهُ حقُّ الرَّدِّ، كالعبدِ إذا حُمَّ عندَ البائعِ، ثُم حُمَّ عندَ المُشتري، فإنْ كانَ هذا الثاني غيرَ ذلكَ النوعِ لا يثبتُ حَقُّ الرَّدِّ، وإنْ كانَ مِنْ نوعِهِ يَثبتُ حقُّ الرَّدِّ، كذا هذا.

وأمَّا الجُنونُ إذا ثَبتَ وجودُهُ عندَ البائعِ هل يُشترَطُ وُجودُهُ ثانيًا عندَ المشتري؟ ليسَ فيهِ روايةٌ أيضًا، واختلفَ المشايخُ:

بعضُهم قالوا: لا يُشترَطُ؛ لأنَّ محمدًا قال: الجُنونُ عيبٌ لازمٌ أبدًا، فلا يُشترَطُ وُجودُهُ ثانيًا عندَ المشتري، بخِلافِ السرقةِ والإباقِ والبولِ في الفِراشِ، فإنَّهُ ما لم يُوجدْ عندَ المشتري لا يَثبتُ حقُّ الرَّدِّ.

وقال بعضُهم: لا يثبتُ لهُ حقُّ الرَّدِّ ما لم يُوجَدْ ثانيًا عندَ المشتري، كما في الإباقِ ونظائرِهِ[1]، إلا أنَّ الفَرقَ أنَّ في الجُنونِ لا يُشترطُ اتِّحادُ الحالةِ بأنْ جُنَّ عندَ البائعِ وهوَ صغيرٌ عاقلٌ، ثُم جُنَّ عندَ المُشتري بعدَ البلوغِ، فإنَّهُ يَثبتُ حقُّ الرَّدِّ، وفي الإباقِ ونظائرِهِ لا يَثبتُ حقُّ الرَّدِّ إلا عندَ اتِّحادِ الحالةِ على ما ذَكرنا.

وأمَّا كيفيةُ الرَّدِّ فنقولُ: إنَّ المشتريَ إذا ادَّعى عَيبًا بالمبيعِ، فلا يخلو مِنْ ثلاثةِ أوجُهٍ:

- إمَّا أنْ يكونَ عيبًا ظاهرًا مُشاهَدًا، كالأصبعِ الزائدةِ والسِّنِّ الشاغِيةِ[2] الزَّائدةِ والعَمى، ونحوه.

- أو كانَ عَيبًا باطِنًا في نَفسِ الحيوانِ لا يَعرفُهُ إلا الأطباءُ.

- أو يكونَ في مَوضِعٍ لا يَطَّلِعُ عليهِ الرجالُ، ويَطَّلِعُ عليهِ النساءُ.

---

(١) في حاشية «أ»: (وهو الأصح).

(٢) السن الشاغية: هي الزائدة على الأسنان وهي التي تخالف نبتتها نبتة غيرها من الأسنان. «لسان العرب» (شغا).

ـ أو يكونَ عيبًا لا يُعرفُ بالمُشاهدة ولا بالتجربةِ والامتحانِ عندَ الخُصومةِ، وذلكَ كالإباقِ والسرقةِ والبولِ على الفِراشِ والجُنونِ.

أمَّا إذا كانَ عيبًا مُشاهَدًا، فإنَّ القاضِي لا يُكلِّفُ المُشتري بإقامةِ البينةِ على إثباتِ العيبِ عندَهُ، لِكونِ العيبِ عندَهُ ثابتًا بالعيانِ والمشاهدةِ، ويكونُ للمشتري حَقُّ الخُصومةِ معَ البائعِ بسببِ هذا العَيبِ، فبعدَ هذا القاضي يَنظُرُ في العيبِ الذي يُدَّعَى، فإنْ كانَ عَيبًا لا يَحدُثُ مِثلُهُ في يدِ المشتري كالأصبعِ الزائدةِ ونحوِها، فإنَّهُ يُردُّ على البائعِ، ولا يُكلَّفُ المشتري بإقامةِ البينةِ على ثُبوتِ العيبِ عندَ البائعِ؛ لأنَّهُ تَيقَّنَ ثُبوتَهُ عندَهُ.

إلَّا أنْ يَدَّعِي البائعُ الرِّضى أو الإبراءَ، فيطلبُ منهُ البينةَ، إنْ أقامَ البينةَ عليهِ، وإلَّا فحينَئذٍ يَستحلِفُ المشتري على دَعواهُ، فإنْ نَكَلَ لم يُرَدَّ عليهِ، وإنْ حَلَفَ رُدَّ على البائعِ.

وإنْ كانَ عَيبًا يجوزُ أنْ يَحدثَ مثلُهُ في يَدِ المُشتري، فإنَّ القاضيَ يقولُ للبائعِ: هل حَدَثَ هذا عندَكَ؟ فإنْ قالَ: نعمْ، قَضَى عليهِ بالرَّدِّ، إلَّا أنْ يدعيَ الرضى والإبراءَ.

وإنْ أنكرَ الحدوثَ عندَهُ فإنَّهُ يقولُ للمشتري: أَلَكَ بَيِّنَةٌ؟ فإنْ أقامَها قَضَى عليهِ بالرَّدِّ، إلَّا أنْ يَدَّعِيَ الرِّضى والإبراءَ، وإنْ لم يَكنْ لهُ بَيِّنَةٌ ذَكَرَ في «الأصل»[1] وقال: يُستحلَفُ البائعُ على البتاتِ «باللهِ لقدْ بِعتُهُ، وسلَّمتُهُ، وما بهِ هذا العيبُ»؛ لأنَّ هذا أمرٌ لو أَقرَّ بهِ لَزِمَهُ، فإذا أَنكَرَ حَلَفَ لِصدقِ قولِهِ، وإنَّما يَحلِفُ على هذا الوجهِ؛ لأنَّ العيبَ قدْ يحدُثُ بعدَ البيعِ قَبلَ القَبضِ، فَيثبُتُ لهُ حقُّ الرَّدِّ، فلا بُدَّ مِنْ ذِكرِ البَيعِ والتَّسليمِ.

ثُم مِنَ المَشايخِ مَنْ قالَ: لا يَجبُ أنْ يُستحلَفَ هكذا؛ لأنَّهُ يَبطلُ حقُّ المُشتَري في الرَّدِّ في بعضِ الأحوالِ؛ لأنَّهُ يكونُ للمشتري حقُّ الرَّدِّ بعيبٍ حادِثٍ بعدَ البيعِ قبلَ القبضِ، فمتى حَلَفَ على هذا الوجهِ لم يَحنثْ إذا حَدَثَ العيبُ قبلَ القبضِ؛ لأنَّ شرطَ الحِنثِ وُجودُ العيبِ عندَ البيعِ والقبضِ جَميعًا، ولكنَّ الاحتياطَ للمشتري أنْ

(١) انظر «الأصل المعروف بالمبسوط للشيباني» (٥/ ١٩٠).

يُحلِّفَ البائعَ «باللهِ ما للمشتري حقُّ الرَّدِّ للسلعةِ بهذا العَيبِ الذي يَدَّعي»، وقيلَ: يَحلِفُ «باللهِ لقدْ سلَّمتُهُ، وما بهِ هذا العيبُ الذي يَدَّعِي».

فمِنهم مَنْ قالَ بأنَّ ما ذَكَرَ محمدٌ صحيحٌ مَعَ إضمارِ زيادةٍ في كلامِهِ، فيَحلِفُ البائعُ «باللهِ لقدْ بِعتُهُ، وسلَّمتُهُ، وما بهِ هذا العيبُ، لا عندَ البيعِ، ولا عندَ التسليمِ»، إلَّا أنَّ محمدًا اختصرَ كلامَهُ، والاختصارُ ثابتٌ في اللغةِ، فيُحمَلُ كلامُهُ عليهِ.

فأمَّا إذا كانَ العيبُ باطنًا لا يَعرفُهُ إلا الخواصُّ مِنَ الناسِ، كالأطبَّاءِ والنخَّاسِينَ، فإنَّهُ يُعرَفُ ذلكَ ممَّنْ لهُ بَصارةٌ في ذلكَ البابِ، فإنِ اجتمعَ على ذلكَ العيبِ رَجلانِ مُسلمانِ، أو قال ذلكَ رجلٌ مسلمٌ عدلٌ فإنَّهُ يُقبَلُ قولُهُ، ويَثبتُ العيبُ في حقِّ إثباتِ الخصومةِ، ثُم بعدَ هذا يقولُ القاضي للبائعِ: هل حَدثَ عندَكَ العيبُ الذي يَدَّعِي؟ فإنْ قالَ: نعم، قَضى عليهِ بالرَّدِّ، وإنْ أنكرَ يُقيمُ المشتري البينةَ، فإن لم تكنْ لهُ بينةٌ استُحلِفَ البائعُ على الوجهِ الذي ذَكرنا، فإنْ حَلَفَ لم يَردَّ عليهِ، وإنْ نَكَلَ قَضى عليهِ بالرَّدِّ، إلَّا أنْ يَدَّعِيَ الرِّضى أو الإبراءَ.

وإنْ كانَ العيبُ ممَّا لا يطَّلِعُ عليهِ الرجالُ، ويطَّلِعُ عليهِ النساءُ، فإنَّهُ يَرجعُ إلى قولِ النساءِ، فيُري امرأةً مسلمةً عدلةً، والثنتانِ أَحْوطُ، فإنْ شَهدَتْ على العيبِ، ففي هذهِ المسألةِ عن أبي يوسفَ رِوايتَانِ، وكذا عن محمدٍ روايتانِ:

في روايةٍ فَرَّقَ أبو يوسفَ بينَهما إذا كانَ المبيعُ في يَدِ البائعِ، أو في يدِ المشتري، وقال: إنْ كانَ في يدِ البائعِ رُدَّ المبيعُ بشهادتِهما؛ لأنَّ ما لا يَطَّلعُ عليهِ الرجالُ فقولُ المرأةِ الواحدةِ بمنزلةِ البينةِ، فيثبتُ العيبُ بقولِها، والعيبُ الموجودُ عندَ البائعِ يُفسَخُ بهِ البيعُ.

وإنْ كانَ بعدَ القبضِ أَقبلُ قولَها في إثباتِ الخصومةِ، ولا أَقبَلُ في حقِّ الرَّدِّ على البائعِ؛ لأنَّ المبيعَ دخلَ في ضمانِ المشتري، فلا أَنقلُ الضمانَ إلى البائعِ بقولِ النساءِ، ولكنْ أُثبتُ حقَّ الخصومةِ بسببِ الاستحقاقِ[1].

---

(١) في «أ»: (الاستحلاف).

وفي روايةٍ قال: إنْ كانَ العيبُ ممَّا لا يُحدثُ مثلُهُ يُفسَخُ بقولِهنَّ؛ لأنَّ العيبَ قدْ ثَبتَ بِشهادَتِهنَّ، وقدْ عَلمْنا كونَ العَيبِ عندَ البائعِ بيَقينٍ، فثبتَ حقُّ الفسخِ، وإنْ كانَ عَيبًا يَحدُثُ مِثلُهُ، لم يَثبتْ حقُّ الفسخُ بقولِهنَّ؛ لأنَّ هذا ممَّا يُعلَمُ مِنْ جهةِ غيرِهنَّ.

وأمَّا عن محمدٍ في روايةٍ أنَّهُ قال: لا يُفسخُ بقولِهِنَّ بحالٍ، وفي روايةٍ: يُفسخُ قبلَ القَبضِ، وبعدَهُ بقولِهِنَّ؛ لأنَّ قولَهنَّ فيما لا يَطَّلِعُ عليهِ الرجالُ كالبينةِ كما في النَّسبِ.

وأمَّا العيبُ الذي ليسَ بمُشاهَدٍ عندَ الخصومةِ، ولا يُعرفُ بقولِ الناسِ كالإباقِ والجُنونِ والسرقةِ والبولِ في الفراشِ، فقدْ ذَكرْنا أنَّهُ لا بُدَّ مِنْ ثُبوتِ العيبِ عندَ المشتري وعندَ البائعِ عندَ اتِّحادِ الحالِ إلا في الجُنونِ، فإنَّ اتِّحادَ الحالِ ليس بشرطٍ، فإنْ أقامَ المشتري البينةَ على حُدوثِ العَيبِ عندَهُ فإنَّهُ يقولُ القاضي للبائعِ: هل أَبَقَ عندَكَ؟ فإنْ قال: نعم، قَضَى عليهِ بالرَّدِّ، إلَّا أنْ يَدَّعِيَ الرِّضى أو الإبراءَ، وإذا أنكرَ الإباقَ أصلًا، أو ادَّعى اختلافَ الحالِ، يقولُ القاضي للمشتري: أَلَكَ بَيِّنةٌ؟ فإنْ قال: نعم، وأقامَ البَيِّنَةَ على ما يَدَّعِي، قَضَى عليهِ بالرَّدِّ.

وإنْ قالَ: لا، يَستحلِفُ البائعَ باللهِ ما أَبَقَ عندَكَ قَطُّ منذُ بَلغَ، ولا جُنَّ عندَكَ قَطُّ، فإنْ حَلَفَ انقطعَتِ الخصومةُ بينَهما، وإنْ نكلَ عن اليمينِ قَضَى عليهِ بالرَّدِّ.

وإنْ لم يَجدِ المشتري بَيِّنةً على إثباتِ أَصلِ العَيبِ عندَ نفسِهِ هل يَستحلِفُ القاضي البائعَ على ذلكَ أم لا؟ لم يَذكُرْ في البُيوعِ في «الأصلِ»[1] وذكرَ هاهنا وقال: يَستحلِفُهُ، وذكرَ في «الجامع» وقال: يَستحلفُهُ على قولِ أبي يوسفَ ومحمدٍ، ولم يَذكُرْ قولَ أبي حنيفةَ، مِنهم مَنْ قال: بأنَّهُ يَستحلِفُهُ بلا خِلافٍ، ومِنهم مَنْ قال: هذهِ المسألةُ على الاختلافِ، على قولِ أبي حنيفةَ لا يَستحلِفُهُ، نَصَّ عليهِ بكتابِ التزكيةِ[2] على ما يُعرَفُ في «الجامعِ».

---

(١) انظر «الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير» (١/ ٣٤٩).

(٢) في حاشية «أ»: (الشركة. نسخة).

ثُم كيفَ يَستحلِفُهُ، قالوا: يَستحلِفُهُ على العلمِ؛ لأنَّها يمينٌ على غيرِ فعلِهِ «باللهِ ما يَعلمُ أنَّ هذا العيبَ موجودٌ في هذا العبدِ الآنَ»، فإنْ نَكَلَ عن اليمينِ ثَبتَ العيبُ عندَ المشتري فثَبتَ لهُ حقُّ الخصومةِ، وإنْ حَلَفَ بَرِئَ.

وأمَّا ما يُبطلُ حَقَّ الرَّدِّ ويَمنعُ وجوبَ الأرشِ وما لا يَمنعُ، أَصلُ البابِ أنَّ الرَّدَّ بالعيبِ يَمتنِعُ بأسبابٍ:

ـ منها: حُدوثُ العيبِ عندَ المشتري عندَنا خِلافًا لمالكٍ[1] والشافعيِّ في أحدِ قَولَيهِ[2]، والصحيحُ قولُنا؛ لأنَّ المَبيعَ خَرجَ عن مِلكِهِ مَعيبًا بعيبٍ واحدٍ، فلو رُدَّ يُرَدُّ بِعَيبينِ، وشرطُ الرَّدِّ أنْ يُرَدَّ على الوجهِ الذي أُخِذَ ولم يُوجَدْ.

ـ ومنها: الزوائدُ المنفصلةُ المتولِّدةُ مِنَ العينِ بعدَ القبضِ، كالولدِ والثمراتِ المستفادةِ بسببِ العينِ كالأرشِ، والعُقرُ يَمنعُ الرَّدَّ بالعيبِ وبسائرِ أسبابِ الفسخِ كالإقالةِ والرَّدِّ بخِيارِ الرؤيةِ والشرطِ في قولِ علمائِنا، وقال الشافعيُّ: لا يَمنعُ[3].

وأجمَعُوا أنَّ الكسبَ أو الغَلَّةَ التي تَحدثُ بعدَ القَبضِ لا تَمنعُ فَسخَ العقدِ على الأصلِ.

وأَجمعُوا أنَّ الزَّوائدَ المُنفصِلةِ قبلَ القبضِ لا تَمنعُ الفسخَ، بل يُفسخُ على الأصلِ والزوائدِ جَميعًا.

وأمَّا في الزوائدِ المُتصلةِ كالسِّمَنِ والجمالِ ونحوِهِما وقدْ حَدثَتْ بعدَ القبضِ فإنَّهُ لا يمنعُ الرَّدَّ بالعيبِ إذا رَضِيَ المشتري؛ لِكونِها تابعةً للأصلِ حقيقةً وقتَ الفسخِ، فإذا انفسخَ العقدُ على الأصلِ ينفسخُ فيها تَبعًا، فإذا أَبَى المشتري أنْ يردَّهُ، وأرادَ أنْ

---

(١) انظر: المدونة (٣/ ٣٥٤)، والمعونة على مذهب عالم المدينة (ص: ١٠٥٥-١٠٥٦).

(٢) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب (٥/ ٢٣٧)، والتهذيب في فقه الإمام الشافعي (٣/ ٤٥٦)، والبيان في مذهب الإمام الشافعي (٥/ ٣٠٤-٣٠٥).

(٣) انظر: الحاوي الكبير (٥/ ٢٤٤)، والمهذب في فقة الإمام الشافعي للشيرازي (٢/ ٥١)، ونهاية المطلب في دراية المذهب (٥/ ٢١٨).

يَرجِعَ عليهِ بنقصانِ العيبِ، وقال البائعُ: «لا أُعطيكَ نُقصانَ العيبِ، ولكنْ رُدَّ عليَّ المَبيعَ حتى أَردَّ عليكَ جميعَ الثمنِ»، هل للبائعِ ذلكَ؟

على قَولِ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ ليسَ لهُ ذلكَ، وعلى قولِ محمدٍ لهُ ذلكَ.

وهذا لأنَّ الزيادةَ المُتَّصلةَ بعدَ القبضِ تَمنعُ فسخَ العقدِ على الأصلِ إذا لم يُوجَدِ الرِّضى ممَّنْ لهُ الحقُّ في الزيادةِ عندَهما، وعندَ محمدٍ لا يَمنعُ كما في مسألةِ المهرِ إذا ازدادَ زيادةً مُتَّصلةً بعدَ القَبضِ، ثُم طَلَّقَها الزَّوجُ قبلَ الدخولِ بها على ما نَذكرُ في كتابِ النكاحِ إنْ شاءَ اللهُ تعالى.

ـ ومنها: تَعذُّرُ الفسخِ بأسبابٍ مانعةٍ مِنَ الفَسخِ على ما عُرِفَ.

ـ ومنها: الرِّضى بالعيبِ صَريحًا، أو الرِّضى بِطريقِ الدَّلالةِ على ما ذَكَرْنا في خِيارِ الشرطِ، أو وُصولِ عِوضِ الفائتِ إليهِ حقيقةً أو اعتبارًا في المَواضِعِ التي امتنَعَ الرَّدُّ، وكان للمشتري حقُّ الرجوعِ بنقصانِ العيبِ إلَّا إذا وُجِدَ الرِّضى صَريحًا أو دَلالةً، أو وَصَلَ إليهِ العِوَضُ حَقيقةً أو اعتبارًا؛ لأنَّ ضَمانَ النقصانِ بدلُ الجزءِ الفائتِ[1]، فإذا رَضِيَ بالعيبِ فقدْ رَضِيَ بالمَبيعِ القائمِ بجميعِ الثمنِ بدونِ الجزءِ الفائتِ[2]، فلا يجبُ شيءٌ، وإذا حَصلَ العِوضُ مَكانَ الجزءِ الفائتِ[3] صارَ قائمًا معنىً، لِقيامِ خَلَفِهِ.

هذا الذي ذَكرنا إذا كانَ المُشتري عاقدًا لنفسِهِ.

فأمَّا إذا كانَ عاقدًا لِغيرِهِ إنْ كانَ ممَّنْ يجوزُ أنْ تلزمَهُ الخصومةُ كالوكيلِ والشريكِ والمُضارِبِ والمَأذونِ والمُكاتَبِ، فالخصومةُ تَلزمُهُ، ويُرَدُّ عليهِ بالعيبِ بالحُجَّةِ؛ لأنَّها مِنْ حُقُوقِ العَقدِ، وحُقوقُ العَقدِ تَرجعُ إلى العاقدِ إذا كانَ مِمَّنْ تَلزمُهُ الخصومةُ

(١) في «ز»: (والفائت).

(٢) في «ز»: (والفائت).

(٣) في «ز»: (والفائت).

كالعاقدِ لنفسِهِ، فما قُضِيَ[1] بِهِ على العاقدِ رَجَعَ بِهِ على مَنْ وَقَعَ له العَقدُ، لِكونِهِ قائمًا مَقامَهُ إلَّا[2] المُكاتَبَ والمَأذونَ، فإنَّهُما لا يَرجعانِ على المَولى، ولكنَّ الدَّينَ يلزمُ المُكاتَبَ، ويُباعُ فيهِ المأذونُ؛ لأنَّهما يَتصرَّفانِ لأنفسِهما، فلا يَرجِعانِ على غيرِهما.

فأمَّا القاضي والإمامُ إذا عَقَدا بِحُكمِ الولايةِ، أو أمينُهُما بأمرِهما لم تَلزمْهُمُ الخصومةُ، ولم يَصيروا خَصمًا يُخاصِمُ في الباب، إلَّا أنَّهُ يُنصَّبُ خصمًا مُخاصِمًا في ذلكَ، فما قُضِيَ عليهِ به رَجَعَ في مالِ مَنْ وَقَعَ التَّصرُّفُ لهُ، وإنْ كانَ التَّصرُّفُ للمُسلِمينَ رَجَعَ في بيتِ مالِهِم.

وأمَّا العاقدُ إنْ كانَ صبيًّا مَحجُورًا، أو عَبدًا مَحجُورًا بإِذْنِ إنسان في بيعٍ أو شراءٍ فلا خُصومةَ عليهما ولا ضَمانَ، وإنَّما الخُصومةُ على مَنْ وَكَّلَهما في ذلكَ التَّصرُّفِ؛ لأنَّ حُكمَ العَقدِ وَقَعَ للمُوَكلِ، والعاقدُ ليسَ مِنْ أهلِ لُزومِ العِهدةِ، فيقومُ مَقامَهُ في مُباشرةِ التَّصرُّفِ لا غيرَ، بمنزلةِ الرسولِ والوكيلِ في النِّكاحِ.

وأمَّا البراءةُ عن العيوبِ:

وجملةُ هذا أنَّهُ إذا باعَ شَيئًا على أنَّ البائعَ بَريءٌ مِنْ كلِّ عيبٍ، فعمَّ، ولم يَخصَّ شيئًا مِنَ العيوبِ فإنَّ البيعَ جائزٌ، والشرطَ جائزٌ في قَولِ علمائِنا، حتى لو وَجَدَ المُشتري بهِ عَيبًا فأرادَ أنْ يَردَّهُ فليسَ لهُ ذلكَ.

وقالَ الشافعيُّ: البراءةُ عن كلِّ عَيبٍ لا تَصِحُّ ما لم يُسمِّ العيبَ، فيقولُ: مِنْ عَيبِ كذا[3].

---

(١) في «ز»: (رضي).

(٢) سقط من «ز»: (إلا).

(٣) انظر: الحاوي الكبير (٥/ ٢٧٢)، والوسيط في المذهب (٣/ ١٢٦-١٢٧)، والتهذيب في فقه الإمام الشافعي (٣/ ٤٧٤)، ومغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (٢/ ٤٣٢).

وكذلكَ على هذا الخِلافِ البراءةُ والصلحُ عن الدُّيونِ(١) المجهولةِ.

وإذا لم تَصِحَّ البراءةُ عن كلِّ عيبٍ عندَهُ هل يفسدُ العَقدُ بهِ أم لا؟ فلهُ فيهِ قَولانِ: في قولٍ يَبطلُ العَقدُ أيضًا، وفي قولٍ يَصِحُّ العَقدُ، ويَبطلُ الشرطُ(٢).

وقال ابنُ أبي ليلى: ما لم يُعيِّنِ العيبَ، ويَضعْ يَدَهُ على العيبِ، ويقولُ: أبرأتُكَ عن هذا العَيبِ لا يَصِحُّ الإبراءُ.

ثُم إذا صَحَّ هذا الشرطُ عندَنا يَبرأُ عن كلِّ عَيبٍ مِنَ العُيوبِ الظاهرةِ والباطنةِ؛ لأنَّ اسمَ العَيبِ يَقَعُ على الكلِّ، فأمَّا إذا قال: «أَبرأتُكَ مِنْ كلِّ داءٍ» رُوِيَ عن أبي يُوسفَ أنَّهُ يَقَعُ على كلِّ عَيبٍ ظاهرٍ دونَ الباطنِ، ورَوى الحسنُ عن أبي حنيفةَ على عكسِهِ، أنَّهُ يَقعُ على كلِّ عَيبٍ باطنٍ، والعيبُ الظاهرُ يُسمَّى مَرَضًا.

ولو أَبرَأَ البائعَ عن كلِّ غائلةٍ رُويَ عن أبي يوسفَ أنَّهُ يَقعُ على السَّرِقَةِ والإباقِ والفُجورِ وما كانَ مِنْ فِعلِ الإنسانِ ممَّا يُعدُّ عَيبًا عندَ التُّجَّارِ.

ثُم اتَّفَقَ علماؤُنا على أنَّه يَدخلُ تحتَ البراءةِ المُطلَقَةِ العيبُ المَوجودُ وقتَ البيعِ.

واختلفُوا في العيبِ الحادثِ بعدَ البيعِ قبلَ القبضِ:

قال أبو يوسفَ: يدخلُ تحتَ البراءةِ حتى لا يَملكُ المُشتري الرَّدَّ بالعيبِ الحادثِ.

وقال محمدٌ: لا يَدخلُ، حتى يَملكُ الرَّدَّ بذلكَ العيبِ.

وهذا فَرْعُ مَسألةٍ أُخرى، وهيَ أنَّهُ إذا باعَ بشرطِ البراءةِ عن كلِّ عيبٍ يَحدثُ بعدَ البيعِ قَبلَ القَبضِ هل يَصِحُّ هذا الشرطُ؟ عندَ أبي يوسفَ يَصِحُّ، وعندَ محمدٍ لا يَصِحُّ، فلمَّا صَحَّتِ البراءةُ عن العيبِ الحادثِ حالةَ التنصيصِ فكذلكَ في حالةِ الإطلاقِ عن كلِّ

---

(١) في «أ»: (العيوب).

(٢) انظر: الحاوي الكبير (٥/ ٢٧٤)، وروضة الطالبين وعمدة المفتين (٣/ ٤٧٣).

عيبٍ، فيدخلُ تحتَهُ الحادثُ بعدَ البيعِ قبلَ القبضِ، ولمَّا كانتِ البراءةُ عن العيبِ الحادثِ بعدَ البيعِ قبلَ القبضِ لا تَصِحُّ عندَ محمدٍ حالةَ التنصيصِ، فحالةُ الإطلاقِ أَوْلى.

ثُم ما ذَكَرْنا مِنَ الجوابِ فيما إذا قال: «أبرأتُكَ عن كلِّ عيبٍ مُطلقًا»، فأمَّا إذا قال: «أبيعُكَ على أنِّي بَريءٌ مِنْ كلِّ عيبٍ بهِ» لم يدخلْ في ذلكَ العيبُ الحادثُ في قولِهم جَميعًا؛ لأنَّه لم يَعُمَّ البراءةَ، وإنَّما خَصَّها بالموجودِ القائمِ[1] عندَ العَقدِ دُونَ غيرِهِ.

ولو قال: «على أنِّي بَريءٌ مِنْ كل عيب كذا»، وسمَّى ضَربًا مِنَ العُيوبِ، أو ضَربَينِ لم يَبرأْ مِنْ غيرِ ذلكَ النوعِ، مثلُ أنْ يَبرَأَ مِنَ القُروحِ أو الكَيِّ ونحوِ ذلكَ؛ لأنَّهُ أسقطَ الحقَّ مِنْ نوعٍ خاصٍّ.

ولو كانتِ البراءةُ عامَّةً، فاختلفا في عَيبٍ، فقال البائعُ: «كانَ بهِ يومَ العَقدِ»، وقال المشتري: «بل حَدثَ قبلَ القبضِ»، فالقولُ قولُ البائعِ عندَ أبي يوسفَ ومحمدٍ؛ لأنَّ البراءةَ عامَّةٌ، فإذا ادَّعى المُشتري حُدوثَ عيبٍ، ويُريدُ إبطالَ العُمومِ فلا يُقبلُ قولُهُ إلَّا ببيِّنةٍ.

وقال زُفرُ والحسنُ: القولُ قولُ المشتري؛ لأنَّ الأصلَ هوَ ثُبوتُ الحقِّ، والمشتري هوَ المُبرِئُ، فيكونُ القولُ قولَهُ في مِقدارِ البراءةِ.

ولو كانتِ البراءةُ مِنْ كلِّ عيبٍ خاصٍّ بها سمَّاه المشتري فاختلفا فقالَ البائعُ: «كان بها»، وقال المشتري: «حَدَثَ قَبلَ القَبضِ»، فالقولُ قولُ المشتري عندَ محمدٍ، ولم يَثبتْ عندَ أبي يوسفَ قولُهُ؛ لأنَّ هذه البراءةَ خاصَّةٌ، فالقولُ قولُ المشتري كما في البراءةِ عن دَينٍ خاصٍّ، واللهُ تعالى أعلم.

❁❁❁

(١) في حاشية «أ»: (القديم. نسخة).

باب الإقالة والمرابحة وغير ذلك

في البابِ فصولٌ:

- بيانُ المُرَابحةِ.
- وبيانُ الإقَالةِ.
- وبيانُ حُكمِ الاستبراءِ.
- وبيانُ جوازِ التَّفريقِ بينَ ذي الرَّحِمِ المَحْرَمِ وتحريمِهِ في البيعِ.

أمَّا الأوَّلُ فنقولُ: البيعُ في حقِّ البدلِ يَنقسمُ خمسةَ أقسامٍ:

- [الأوَّل:] بيعُ المُساوَمَةِ: وهو البيعُ بأيِّ ثمنٍ اتَّفَقَ، وهو المعتادُ.
- والثَّاني: بيعُ المُرَابَحَةِ: وهو تمليكُ المبيعِ بمِثْلِ الثَّمنِ الأوَّلِ وزيادةِ ربْحٍ.
- والثَّالثُ: بيعُ التَّوليةِ: وهو تمليكُ المبيعِ بمِثْلِ الثَّمنِ الأوَّلِ مِنْ غيرِ زيادةٍ ولا نُقصانٍ.
- والرَّابعُ: الاشتراكُ: وهو بيعُ التَّوليةِ في بعضِ[1] المبيعِ، مِنَ النِّصفِ والثُّلُثِ وغيرِ ذلكَ.
- والخامسُ: بيعُ الوَضِيعَةِ: وهو تمليكُ المبيعِ بمِثْلِ الثَّمنِ الأوَّلِ مع نقصانِ شيءٍ منه.

ثم الأصلُ في بيعِ المُرابحةِ أنَّه مبنيٌّ على الأمانةِ فإنَّه بيعٌ بالثَّمنِ الأوَّلِ، وبقولِ البائعِ مِنْ غيرِ بيِّنةٍ ولا استحلافٍ، فيجبُ صيانتُهُ عَنْ حقيقةِ الخيانةِ وشُبَهِهَا، فإذا ظهرتِ

(١) في «ز»: (بيع).

الخيانةُ يجبُ ردُّه، كالشَّاهدِ يجبُ قبولُ قولِهِ، فإذا ظهرتِ الخيانةُ يُرَدُّ قولُهُ كذا هذا.

إذا ثبتَ هذا فنقولُ: إذا باعَ شيئًا مُرابَحةً على الثَّمنِ الأوَّل، فلا يخلو إمَّا أنْ يكونَ الثَّمنُ مِنْ ذَواتِ الأمثالِ، كالدَّراهمِ والدَّنانيرِ والمَكيلِ والمَوزونِ والعدديِّ المُتَقَارِبِ، أو يكونَ مِنَ الأعدادِ المُتَفاوِتةِ، مثلَ: العبيدِ والثِّيابِ والدُّورِ والبطاطيخِ والرُّمان ونحوِهَا.

أمَّا إذا كان الثَّمنُ الأوَّلُ مِثْليًا فباعَهُ مُرابَحةً على الثَّمنِ الأوَّلِ وزيادةِ ربحٍ يجوزُ، سواءٌ كانَ الرِّبحُ مِنْ جنسِ الثَّمنِ الأوَّلِ أو لم يكن، بعد أنْ يكونَ شيئًا مُقدَّرًا معلومًا نحو: الدَّراهمِ الخمسةِ، وثوبٍ مشار إليه، أو دينارٍ؛ لأنَّ الثَّمنَ الأوَّلَ معلومٌ والرِّبحَ معلومٌ.

وأمَّا إذا كان الثَّمنُ الأوَّلُ لا مِثْلَ له، فأرادَ أنْ يبيعَهُ مُرابحَةً عليهِ، فهذا على وجهينِ:

إمَّا أنْ يبيعَهُ مُرابَحةً ممنْ كانَ العرضُ في يده ومِلْكِهِ، أو مِنْ غيره، فإنْ باعَه ممَّنْ ليسَ في مِلْكِهِ ويده لا يجوزُ؛ لأنَّه لا يخلو إمَّا أنْ يبيعَهُ مُرابحةً بذلكَ العرَضِ أو بقيمتِهِ؛ ولا وجهٌ للأوَّلِ؛ لأنَّ العرضَ ليس في مِلْكِ مَنْ يبيعَهُ منه، ولا وجهَ أنْ يبيعَهُ مُرابحةً بقيمتِهِ؛ لأنَّ القيمةَ تُعرَفُ بالحَزْرِ والظَّنِّ، فتتمكَّنُ فيه شبهةُ الخيانةِ.

وأمَّا إذا أرادَ أنْ يبيعَهُ مُرابحَةً ممَّنْ كان العرَضُ في يده ومِلْكِهِ فهذا على وجهين: إنْ قالَ: «أبيعُكَ مُرابحةً بالثَّوبِ الذي في يدِكَ وبربحِ عشرةِ دراهمَ» جازَ؛ لأنَّه جعل الرِّبحَ على الثَّوبِ عشرةَ دراهمَ وهي معلومةٌ.

وإنْ قالَ: «أبيعُكَ بذلكَ الثَّوبِ بربحِ (دَهْ يَازْدَهْ[1])» فإنَّه لا يجوزُ؛ لأنَّ تسمية (دَهْ يَازْدَهْ) أو أحدَ عَشَرَ يقتضي أنْ يكونَ الرِّبحُ مِنْ جنسِ رأسِ المالِ، لأنَّه لا يكونُ أحدَ عَشَرَ إلَّا وأنْ يكونَ الحادي عشرَ مِنْ جنسِ العَشَرةِ، صارَ كأنَّه باعَ بالثَّمَنِ الأوَّلِ وهو

(١) (دَهْ): عشرة بالفارسية، و(يازْدَهْ): أحد عشر بالفارسية، انظر «البناية» (٨/ ٢٣٣).

الثَّوبُ، وبجزءٍ مِنْ جنسِ الأوَّلِ، والثَّوبُ لا مِثْلَ له مِنْ جنسِهِ.

ثم في بيعِ المُرابحةِ يُعتَبر رأسُ المالِ ـ وهو الثَّمنُ الأوَّلُ ـ ما مُلِكَ المبيعُ به، ووجبَ بالعقدِ دون ما نَقَدهُ بدلًا عَنِ الأوَّلِ.

بيانُهُ: إذا اشترى ثوبًا بعَشَرةِ دراهمَ ثم أعطى عنها دِينارًا أو ثوبًا قيمتُهُ عَشَرةُ دراهمَ أو أقلُّ أو أكثرُ، فإنَّ رأسَ المالِ هو العَشرةُ المسمَّاةُ في العقدِ دون الدِّينارِ والثَّوبِ؛ لأنَّ هذا يجبُ بعقدٍ آخرَ وهو الاستبدالُ.

وكذلكَ مَنِ اشترى ثوبًا بعشرةٍ ـ وهي خِلافُ نقدِ البلد ـ ثم قال لآخَرَ: «بعتكَ هذا الثَّوبَ بربحِ دِرهمٍ»، لَزِمه عشرةٌ مثلُ التي وجبت بالعقدِ، وإنْ كانَ يُخالفُ نقدَ البلدِ، والرِّبحُ يكونُ مِنْ نقدِ البلدِ؛ لأنَّه أطلقَ الرِّبحَ، فيقعُ على نقدِ البلدِ.

ولو نسبَ الرِّبحَ إلى رأسِ المالِ فقالَ: «أبيعُكَ بربحِ العشرةِ»، أو (ده يازده) أو بربحِ أحدَ عَشَرَ، فالرِّبحُ مِنْ جنسِ الثَّمنِ الأوَّلِ؛ لأنَّهُ جعلَهُ جزءًا منه، فكان على صِفتِهِ.

ولو اشترى ثوبًا بعشرةِ دراهمَ جِيادٍ، ثم إنَّه دفعَ إلى البائعِ عشرةَ دراهمَ بعضُها جِيادٌ وبعضها زُيوفٌ، وتَجوَّزَ بذلكَ البائعَ، ثم أرادَ أنْ يَبيعَه مُرابحةً، جازَ لهُ أنْ يبيعَهُ مُرابحةً على العَشَرةِ الجِيادِ مِنْ غيرِ بيانٍ؛ لأنَّ المسمَّى المضمونُ بالعقدِ هو الجِيادُ، لكنْ جَعَلَ الرَّديئةَ بدلًا عَنِ الأوَّلِ بعقدٍ آخرَ.

ولو اشترى ثوبًا بعشرةٍ نسيئةً، فباعَه مُرابحةً على العشرةِ وبيَّنَ أنَّه اشتراه بها نسيئة لا يُكرَه؛ لأنَّه لم تُوجدِ الخيانةُ حيثُ أعلمَ المشتري بذلكَ ورضيَ به.

فأمَّا إذا باعَ مُرابحةً على العشرةِ مِنْ غيرِ بيانِ النَّسيئةِ فإنَّه يُكرَهُ والبيعُ جائزٌ، وللمشتري الخِيارُ إذا علم؛ لأنَّه وَجَدَ الغُرورَ والخِيانةَ؛ لأنَّ المشتري إنَّما اشتراهُ مُرابحةً على العَشَرةِ، على تقديرِ أنَّ الثَّمنَ في البيعِ الأوَّلِ كانَ عَشَرةً بطريقِ النَّقدِ، ويختلفُ ثمنُ المبيعِ بينَ النَّقدِ والنَّسيئةِ، على تقديرِ أنَّ الثَّمنَ في البيعِ الأوَّلِ كانَ

مُرابحةً على الثَّمرةِ، فيَثبتُ له الخِيارُ، كما لو اشترى برَقْمِهِ[١] ثم أعلمَ في المجلسِ ثبتَ له الخِيارُ كذا هذا.

بخلافِ ما إذا باعَه مُساومةً بأكثرَ مِنْ قيمتِهِ، ثم علمِ المشتري بأنَّه اشتراهُ بأقلَّ مِنْ ذلكَ لا يكونُ له الخِيارُ؛ لأنَّ المشتري لم يصرْ مغرورًا مِنْ جهته.

ولو قالَ: إنَّ قيمتَهُ كذا، وهو أكثرُ مِنْ قيمتِهِ، والمشتري لا يَعرفُ قيمةَ الأشياءِ، واشتراه بناءً على قولِ البائعِ، فإنَّه يكونُ له الخِيارُ؛ لأنَّه يَصيرُ غَارًّا، أمَّا إذا كانَ عالِمًا بالقيمةِ واشترى بأكثرَ مِنْ ذلكِ لغرضٍ له في ذلكَ فلا بأسَ به.

وأصحابنا يُفتونَ في المغبونِ أنَّهُ لا يُرَدُّ، ولكنْ هذا في مغبونٍ لم يُغرَّ، وأمَّا في مغبونٍ غُرَّ يكونُ له حقُّ الرَّدِ استدلالًا بمسألةِ المُرابحةِ في النَّسيئةِ.

وإنِ اشترى بدَينٍ له على رجلٍ، فله أنْ يَبيعَه مُرابحةً مِنْ غيرِ بيانٍ؛ لأنَّه اشترى بثمنٍ في ذمَّته؛ لأنَّ الدَّينَ لا يتعيَّنُ ثَمنًا.

وإنْ أخذ ثوبًا صُلحًا مِنْ دَينٍ له على رجلٍ، ليس له أنْ يبيعَهُ مُرابحةً على ذلكَ الدَّينِ؛ لأنَّ مبنى الصُّلحِ على الحَطِّ.

ولو اشترى ثوبًا بعشرةٍ وهو قيمتُه، أو كانَ قيمتُه أكثرَ مِنْ ذلكَ ثُمَّ رَقَمَهُ بأكثرَ مِنَ الثَّمنِ ثم باعَهُ مُرابحةً على الرَّقْمِ جازَ، ولا يكونُ خيانةً؛ لأنَّه باع المبيعَ مِنْ غيرِ خيانةٍ، حيثُ ذكرَ الرَّقْمَ، ولكن هذا إذا كان عند البائعِ أنَّ المشتري يعلمُ أنَّ الرَّقْمَ غَيْرٌ والثَّمنَ غَيْرٌ، فأمَّا إذا كان عنده أنَّ المشتري يعلمُ أنَّ الرَّقْمَ والثَّمنَ سواءٌ فإنَّه يكونُ خيانةً، ولهُ الخِيارُ.

وكذا لو مَلكَ شيئًا بالميراثِ أو الهبةِ، فقوَّمَهُ رجلٌ عدْلٌ بقيمةِ عدلٍ، ثم باعَهُ مُرابحةً على قيمتِهِ وهي كذا، لا بأسَ به؛ لأنَّه صادقٌ في مقالتِهِ.

---

(١) الرَّقْمُ: مَا يُكْتَبُ عَلَى الثِّيَابِ مِنْ أثمانها لِتَقَعَ المُرَابَحَةُ عليهِ أو يَغترَّ بِهِ المُشْتَرِي، انظر «لسان العرب» (رقم).

ولو اشترى شيئًا بعشرةِ دراهمَ، فقال لرجلٍ: «اشتريتُ هذا باثني عَشَرَ، وأبيعُكَ مُرابحةً بربحِ درهمٍ»، ثم ظهرَ أنَّ الثَّمنَ الأوَّلَ كان عشرةً، إمَّا بإقرارِ البائعِ أو بالبيِّنةِ:

ـ قال أبو حنيفةَ ومحمَّدٌ: لا يُحَطُّ قدْرُ الخيانةِ مِنَ الثَّمنِ، ولكن يتخيَّرُ المشتري إنْ شاءَ فسخَ البيعَ وإنْ شاءَ رضي به بجميعِ الثَّمنِ.

ـ وقال أبو يوسفَ: يُحَطُّ قدْرُ الخيانةِ وحصَّتُهُ مِنَ الرِّبحِ، ويكونُ العقدُ لازمًا بالباقي مِنَ الثَّمنِ، فيُحَطُّ عنه دِرهمانِ وحصتُه مِنَ الرِّبحِ، وذلك سُدُسُ دِرهمٍ[1].

هذا في بيعِ المُرابحةِ، فأمَّا في بيع التَّوليةِ:

ـ قال أبو حنيفةَ وأبو يوسفَ: يُحَطُّ عنه قدْرُ الخيانةِ، ويلزمُ البيعُ بالثَّمنِ الباقي بلا خِيارٍ.

ـ وقال محمَّدٌ: لا[2] يُحَطُّ قدْرُ الخيانةِ، ولكن يتخيَّرُ المشتري ما دامَ المبيعُ قائمًا، فإذا هلكَ سقط خِيارُهُ.

فأبو يوسفَ سوَّى بين المُرابحةِ والتَّولية، وقال: يُحَطُّ قدْرُ الخيانةِ فيهما، ويلزمه العقدُ بالباقي فيهما، ومحمَّد سوَّى بينهما وقالَ: لا يُحَطُّ قدْرُ الخيانة فيهما، ويثبتُ له الخِيارُ، وأبو حنيفةَ فرَّق وقال: يُحَطُّ قدْرُ الخيانةِ في التَّوليةِ، ولا يُحَطُّ في المُرابحةِ.

ثم الأصلُ أنَّ كلَّ نفقةٍ ومؤنَةٍ حصلتْ في السِّلعةِ وأوجبتْ زيادةً في المعقودِ عليه إمَّا مِنْ حيثُ العينُ أو مِنْ حيثُ القيمةُ، وكان ذلكَ مُعتادًا إلحاقُه برأسِ المال عند التُّجارِ، فإنَّه يُلحَقُ برأسِ المالِ، كأجرةِ القِصارَةِ والخياطةِ والكِراءِ وطعامِ الرَّقيقِ وكسوتِهم وعلفِ الدَّوابِ وثيابِهم ونحوِ ذلك، فيبيعُه مُرابحةً عليه، ولا يقولُ عند

(١) المُتونُ عَلى قَوْلِ الإمامِ، انظر: «حاشية ابن عابدين» (٥/ ١٣٧).

(٢) سقط من «ز»: (لا).

البيعِ: إنَّ ثمنه كذا، ولكن يقولُ: تقوَّمَ عليَّ بكذا فأبيعُكَ على هذا مع ربحِ كذا، حتى لا يكونَ كاذبًا في كلامه.

أمَّا أجرةُ تعليمِ القرآنِ والأدبِ والشِّعرِ والحِرفِ فإنَّها لا تُلحَقُ برأسِ المال، وإنْ أوجبتْ زيادةً في القيمة؛ لأنَّها ليستْ بمتعارَفَةٍ عند التُّجارِ، وكذا أجرةُ الطَّبيبِ، وأجرةُ الفَصَّادِ والحجَّامِ، وثمنُ الدَّواءِ، وأجرةُ الخَتَّانِ والبزَّاغِ[١]، وأجرةُ الرَّائِضِ[٢] والرَّاعي، وجُعْلُ الآبِقِ؛ لأنَّ عادةَ التُّجارِ هكذا.

وأمَّا أجرةُ السِّمسارِ في ظاهرِ الرِّوايةِ أنَّه مُلحَقٌ برأسِ المالِ، وفي روايةٍ قالَ: لا يُلحَقُ.

وأمَّا الإقالةُ:

فمشروعةٌ لقولِهِ ﷺ: «مَنْ أَقَالَ نَادِمًا بَيْعَتَهُ أَقَالَ اللهُ عَثْرَتَهُ يَوْمَ القِيَامَةِ»[٣].

ثم اختلفوا فيها:

قالَ أبو حنيفةَ: هي فسخٌ في حقِّ العاقدينِ، بيعٌ جديدٌ في حقِّ الثَّالثِ، حتى إنَّ مَنِ اشترى دارًا ولها شفيعٌ فسلَّمَ الشُّفعةَ ثم أقالا البيعَ فيها، فإنَّه يَثبتُ للشَّفيعِ الشُّفعةُ ثانيًا؛ لأنَّها عقدٌ جديدٌ في حقِّ الشَّفيعِ.

وقال محمَّدٌ: الإقالةُ فسخٌ، إلَّا إذا كان لا يُمكنُ أنْ يُجعلَ فَسخًا، فيُجعلَ بيعًا جديدًا.

---

(١) البزَّاغ: البَيْطار، والبزغ: الشَّرْطُ، سمي بذلك لأنه يشرط الدابة فيسيل دمها، انظر «لسان العرب»، (بزغ).

(٢) راضَ الدابَّةَ يَرُوضُها رَوْضاً ورِياضةً: وطَّأَها وذلَّلَها أو عَلَّمها السيْر، انظر «لسان العرب» (روض).

(٣) أخرجه أبو داود (٣٤٦٠)، وابنُ حبان في «صحيحه» (٥٠٢٩) واللفظ له، والحاكم في «المستدرك» (٢٢٩١) من حديث أبي هريرة ﷺ وصحَّحه الحاكم، ووافقه الذهبي.

وقال أبو يوسفَ: هي بيعٌ جديدٌ ما أمكنَ، فإن لم يُمكنْ تُجعلْ فَسخًا، بأنْ كانتِ الإقالةُ قبلَ قبضِ المبيعِ، وهو منقولٌ يُجعَلُ فسخًا؛ لأنَّ بيعَ المبيعِ المنقولِ قبلَ القبضِ لا يجوزُ، حتى إذا كان المبيعُ دارًا وأقالا قبلَ القبضِ يكونُ بيعًا؛ لأنَّ بيعَ العقارِ المبيعةِ قبلَ القبضِ جائزٌ عند أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ.

وقال زُفرُ: هي فسخٌ في حقِّ العاقدينِ وغيرِهما، حتى لا يقولُ بثبوتِ الشُّفعةِ كما قال أبو حنيفةَ.

ويُبتَنى على هذا أنَّهما إذا تقايلا بأكثرَ مِنَ الثَّمنِ الأوَّل أو أقلَّ، أو بجنسٍ آخرَ، أو أجَّلَ الثَّمنَ في الإقالةِ، على قولِ أبي حنيفةَ تصحُّ الإقالةُ بالثَّمنِ الأوَّلِ، ويبطلُ ما شرطاه؛ لأنَّها فسخٌ في حقِّ العاقدينِ، والفسخُ يكونُ بالثَّمنِ الأوَّل، ويبطلُ الشَّرطُ الفاسدُ، وهو قولُ زُفَرَ؛ لأنَّها فسخٌ محضٌ في حقِّ النَّاس كافَّةً.

وقال الشَّافعيُّ: بيعٌ باطلٌ هاهنا؛ لأنَّه أدخلَ فيها شرطًا فاسدًا، فهي كالبيعِ[1].

وقال محمَّدٌ: إنْ كانتِ الإقالةُ بغيرِ الثَّمنِ الأوَّلِ أو بأكثرَ منه فهي بيعٌ، وإنْ كانتِ بمثلِ الثَّمنِ الأوَّل أو أقلَّ فهي فسخٌ بالثَّمنِ الأوَّل، ويبطلُ شرطُ النُّقصانِ، وكذلكَ لو أجَّلَ يبطلُ الأجلُ.

وعلى قولِ أبي يوسفَ يصحُّ ما ذَكَرا مِنَ الثَّمنِ وشَرَطَا مِنَ الزِّيادةِ والنُّقصانِ والأجلِ؛ لأنَّها بيعٌ جديدٌ ما أمكنَ، وهو ممكنٌ.

وأما بيانُ حكمِ الاستبراءِ فنقولُ:

الاستبراءُ مشروعٌ، وهو نوعانِ: مندوبٌ وواجبٌ.

فالاستبراءُ المندوبُ إليه: هو أنَّ الرَّجلَ إذا وطِئ جاريتَهُ ثم أرادَ أنْ يبيعَهَا، يُستحبُّ

---

(١) انظر: بحر المذهب للروياني (٥/ ١٦٣)، وحلية العلماء (٤/ ٣٨٦).

له أنْ يستبرئَهَا بحيضةٍ ثم يبيعَهَا عند عامَّةِ العلماء، وقال مالكٌ: واجبٌ[١]؛ لأنَّ احتمالَ العلوقِ منه قائمٌ، فيجبُ عليه صيانةُ مائِهِ عَنِ الضَّياعِ، ولكن عندنا لا يجبُ؛ لأنَّ سبب الوجوبِ لم يُوجد على ما نذكرُ.

وأمَّا الاستبراءُ الواجبُ: فهو الاستبراءُ على مَنْ يحدثُ له مِلْكُ الاستمتاعِ بسببِ مِلْكِ اليمينِ، وقبضَ في حالِ كونِ الاستمتاعِ بها حلالًا بأيِّ سببٍ كان، مِنَ السَّبيِ والشِّراءِ والوصيةِ والهبةِ والمِيراثِ ونحوها، وأصلُه قوله ﷺ في سبايا أوطاسَ: «أَلا لا تُوطأ الحَبالَى حتَّى يَضَعنَ حَمْلَهُنَّ، ولا الحَيَالَى حتَّى يُسْتَبْرَأْنَ بِحَيْضَةٍ»[٢]، أوجبَ الاستبراءَ على السَّابِي، والسَّبيُ سببُ حدوثِ مِلْكِ الاستمتاعِ بمِلْكِ اليمينِ دَلالةً، فيكونُ نصًّا في كلِّ ما هو سببُ حِلِّ الاستمتاعِ بمِلْكِ اليمينِ.

ثم مقدارُ مدَّةِ الاستبراءِ هي الحيضةُ في حقِّ ذواتِ الأقرَاءِ، وفي حقِّ ذواتِ الأشهُرِ شهرٌ واحدٌ؛ لأنَّ الاستبراءَ إنَّما يجبُ صيانةً للماءِ، كيلا يختلطَ ماؤُهُ بماءِ غيره، فلا بدَّ مِنَ المدَّةِ، وأقلُّ المدَّةِ هذا.

وإنْ كانتِ الجاريةُ ممتدَّةَ الطُّهرِ بأنْ كانت شابَّةً لا تحيضُ، فإنَّ استبراءَهَا لا يكونُ بشهرٍ واحدٍ كما في الآيسةِ، واختلفَ العلماءُ في مدَّةِ استبرائِهَا حتى يُباحَ للمشتري وطؤُها عند مُضيِّها:

قال أبو حنيفةَ وأبو يوسفَ: لا يطؤُهَا حتى تمضي عليها مدةٌ لو كانت حاملًا لظهرَ آثارُ الحملِ مِنِ انتفاخِ البطنِ وغيره، وذلك ثلاثةُ أشهرٍ وما زادَ عليه.

---

(١) انظر: المدونة (٢/ ٣٨٢)، والتهذيب في اختصار المدونة (٢/ ٤٧١)، والتاج والإكليل لمختصر خليل (٥/ ٥١٦).

(٢) أخرجه أحمد (١١٨٢٣)، وأبو داود (٢١٥٧)، والحاكم (٢٧٩٠) من حديث أبي سعيد الخدري بلفظ: «لا تُوطَأُ حَامِلٌ حتَّى تَضَعَ، ولا غَيرُ ذَاتِ حَمْلٍ حتَّى تَحيضَ حَيْضَةً» وحسَّنه ابن حجر، انظر «التلخيص الحبير» (١/ ٣٠٤).

وقال محمَّدٌ أولًا: بأنَّه لا يطؤُهَا حتى تمضيَ أربعةُ أشهرٍ وعشرةُ أيَّامٍ، ثم رجعَ وقال: شهرانِ وخمسةُ أيامٍ.

وقال زُفرُ: لا يطؤُهَا حتى تمضيَ سنتانِ.

ثم ما لم تمضِ مدَّةُ الاستبراءِ لا يحلُّ للمالِكِ أنْ يطأَهَا أو يُقبِّلَها أو يَلمسَهَا بشهوةٍ، وأنْ ينظرَ إلى عورتِها، بالنَّصِّ الذي رَوينَا وبالمعنى الذي ذكرنَا، مِنْ صيانةِ الماء، وسواءٌ وطِئَهَا البائعُ أو لا، أو كان بائعُها ممَّنْ لا يطؤهَا كالمرأةِ والصَّبيِّ؛ لأنَّ احتمالَ الوطءِ مِنْ غيرِهِ قائمٌ.

ثم إنَّما يُعتبرُ الاستبراءُ بعدَ القبضِ، حتى لو مضت مدَّةُ الاستبراءِ بعدَ البيعِ قبلَ القبضِ ثم قبضَهَا يجبُ الاستبراءُ، وهذا هو المشهورُ مِنْ مذهبِ أصحابِنَا جميعًا.

ورُويَ عَنْ أبي يوسفَ: أنَّه يُجزِئُه الاستبراءُ قبلَ القبضِ.

ولو اشترى جاريةً حاملًا فوضعتِ الحملَ بعدَ القبضِ يُباحُ الوطءُ؛ لأنَّ وضعَ الحملِ في كونه دليلًا على براءةِ الرَّحِمِ فوقَ القُرْءِ، وإنْ كانَ الوضعُ قبلَ القبضِ لا عبرةَ به؛ لما ذكرنا أنَّه إنَّما يجبُ بسببِ حدوثِ حلِّ الاستمتاعِ بمِلْكِ اليمينِ، وإنَّما يحلُّ الوطءُ بعد القبضِ، فلا يجبُ قبلَ وجودِ سببِ الوجوبِ.

وعلى هذا إذا اشترى جاريةً لها زوجٌ وقبضها، فطلَّقَها زوجُها قبل الدُّخول بها، فلا استبراءَ عليه؛ لأنَّ السَّببَ غيرُ موجبٍ للاستبراءِ عند القبضِ، بسببِ كونها حَلالًا للزَّوجِ، فلا يجبُ[١] بعد ذلك.

وعلى هذا إذا اشتراها[٢] وهي معتدَّةٌ مِنْ زوجٍ، فانقضتْ عدَّتُها بعد القبضِ؛ لأنَّها

---

(١) في «ز»: (يحل).

(٢) في «أ»: (استبرأها).

لا تجبُ حالةَ وجودِ السَّببِ لمانعٍ، فلا[١] تجبُ بعدَ ذلكَ، ولو انقضتِ العدَّةُ قبلَ القبضِ يجبُ الاستبراءُ بعدَ القبضِ لما قلنا.

ولو حَرُمَ فرجُ الأَمَةِ على مولاها، على وجهٍ لا يخرجُ عَنْ مِلْكِهِ لمانعٍ بعدما كان حَلالًا، واستبرأَها بعد القبضِ، ثم زالَ ذلك المانعُ بعد الشراء وحلَّ الوطءُ فلا استبراءَ عليه، كما إذا كاتبَهَا فعجزتْ، أو زوَّجَها فطلَّقَها الزَّوجُ قبلَ الدُّخولِ، أو ترتدُّ عنِ الإسلامِ ثم تُسلمُ، أو أحرمتْ بالحجِّ بإذن سيِّدهَا ثم حلَّتْ؛ لأنَّ هذا تحريمٌ عارضٌ مع بقاءِ المِلْكِ المُبيحِ، فلا يَمنَعُ صحَّةَ الاستبراءِ، فصار كما لو حاضتْ ثم طَهُرَتْ.

ولو اشترى أَمَةً مجوسيَّةً أو مسلمةً فكاتبها قبلَ أنْ يَستبرئَهَا، أو اشترى جاريةً مُحرِمَةً فحاضتْ في حالِ كتابتِهَا ومجوسيَّتِهَا وحالَ إحرامِهَا بعدَ القبضِ، ثم عجزتِ المُكاتبةُ وأسلَمتِ المجوسيَّةُ وحلَّتِ المُحرِمَةُ عَنِ الإحرامِ، فإنَّه يُجزِئُ بتلك الحيضةِ عَنِ الاستبراءِ؛ لأنَّها وُجِدتْ بعد وجودِ سببِ الاستبراءِ، وهو حدوثُ مِلْكِ اليمينِ المُوجِبِ لمِلْكِ الاستمتاعِ، إلَّا أنَّه لا يحلُّ الاستيفاءُ لمانعٍ، وهذا لا يَمنعُ مِنَ الاعتدادِ كالحيضِ[٢].

بخلافِ ما إذا اشترى جاريةً بيعًا فاسدًا، وقبضَها ثم حاضتْ حيضةً، ثم اشتراها بعد ذلك شراءً صحيحًا، حيثُ لا يُعتدُّ بتلكَ الحيضةِ عنِ الاستبراءِ؛ لأنَّ الشِّراءَ الفاسدَ لا يُوجِبُ مِلْكَ الاستمتاع، وإنِ اتَّصلَ به القبضُ.

وأمَّا التَّفريقُ بينَ الصَّغيرِ وبينَ ذوي الأرحامِ المُجتَمِعَةِ في المِلْكِ فنقولُ:

لا خلافَ أنَّ التَّفريقَ في الوَلادِ مكروهٌ، كالتَّفريقِ بينَ الأبِ وابنه ونحوِ ذلك.

---

(١) سقط من «ز»: (فلا).

(٢) في «أ»: (بالحيض).

وأمَّا فيمن سِواهم مِنْ ذوي الرَّحمِ المَحْرَمِ، كالإخوةِ والأخواتِ والأعمامِ والعمَّاتِ والأخوالِ والخالاتِ، فإنَّه يُكرَهُ التَّفريقُ أيضًا عندنا خلافًا للشَّافعيِّ[1]، وأصلُه قولُه ﷺ: «مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِهَا فَرَّقَ اللهُ تَعَالَى بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَن أَحَبَّ يومَ القيامَة»[2].

وذوو الأرحامِ مُلحَقةٌ بالوَلادِ في بابِ الحُرمةِ احتياطًا، كحُرمةِ النِّكاحِ، والشَّافعيُّ لا يُلحِقُ ذوي الأرحامِ بالوَلادِ، كما في العتقِ والنَّفقةِ[3].

وإنَّما يُباحُ التَّفريقُ بعدَ البلوغِ، وقال الشَّافعيُّ: إذا بلغَ سبعَ سنينَ جازَ التَّفريقُ[4]، والصَّحيحُ قولنا، لما رَوى الدَّارقطنيُّ بإسناده عنِ النَّبيِّ ﷺ أنَّه قال: «لا يُجْمَعُ عَلَيهِمُ السَّبْيُ والتَّفْرِيقُ، حَتَّى يَبْلُغَ الغُلَامُ وَتَحِيضَ الجَارِيَةُ»[5].

ثم متى فرَّق بينهما بالبيعِ جازَ مع الكراهةِ عندنا، وقال الشَّافعيُّ: البيعُ باطلٌ[6]، ورُويَ عنْ أبي يوسفَ أنَّه قال في الوَلادِ: البيعُ باطلٌ، وفي غيرهم جازَ مع الكراهةِ.

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (١٤/ ٢٤٥)، ونهاية المطلب في دراية المذهب (١٧/ ٥٣٠-٥٣١)، والتهذيب في فقه الإمام الشافعي (٥/ ١٥٦)، والغاية في اختصار النهاية (٧/ ٢٠٤).

(٢) أخرجه بنحوه أحمد (٢٣٤٩٩)، والترمذيُّ (١٥٦٦)، والحاكم في «المستدرك» (٢٣٣٤) وصحَّحه من حديث أبي أيوب رضي الله عنه، وقال الترمذيُّ: «حسنٌ غريبٌ، والعملُ على هذا عند أهلِ العلمِ مِن أصحابِ النَّبيِّ ﷺ وغيرِهم».

(٣) انظر: الحاوي الكبير (١٤/ ٢٤٥).

(٤) انظر: الحاوي الكبير (١٤/ ٢٤٣)، ونهاية المطلب في دراية المذهب (١٧/ ٥٣١)، والشرح الكبير للرافعي (٨/ ٢٢٧)، والغاية في اختصار النهاية (٧/ ٢٠٤).

(٥) أخرجه الدارقطني (٣٠٤٩)، والحاكم في «المستدرك» (٢٣٣٥) من حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه بلفظ: «نهى رسولُ الله ﷺ أن يُفَرَّقَ بَين الأمِّ وولَدِها»، فقيلَ: يا رسولَ الله إلى متى؟ قال: «حتَّى يَبلُغَ الغُلامُ وتَحيضَ الجاريةُ»، وضعفه الدارقطني.

(٦) انظر: الحاوي الكبير (١٤/ ٢٤٤)، ونهاية المطلب في دراية المذهب (١٧/ ٥٣٠)، والغاية في اختصار النهاية (٧/ ٢٠٤).

وهذا بناء على أنَّ النَّهيَ عنِ المشروعِ يَقتضي بُطلانَ التَّصرُّف عند الشَّافعيِّ، وعندنا بِخلافِه، لكنْ هذا نهيٌ لمعنىً في غيره بمنزلةِ البيعِ وقتَ النِّداءِ.

وإذا اجتمعَ مع الصَّغيرِ عددٌ مِنْ أقربائه مِنَ الرَّحِمِ المَحْرَمِ في مِلْكٍ واحدٍ، فعن أبي يوسفَ روايتانِ، في روايةِ بِشْرٍ: أنَّه لا يُفرِّقُ بينه وبين واحدٍ منهم، اختلفتْ جِهاتُ قرابتهم كالعمَّةِ والخالة، أو اتَّفقتْ كالخالينِ والأخوينِ والعمَّينِ.

وكذا لا يفرِّقُ بينَهُ وبينَ الأبعدِ وإنْ وُجِدَ الأقربُ، حتى إذا اجتمعَ مع الصَّغيرِ أبواهُ وجدَّاه لم يُفرِّقْ بينه وبين الجدَّينِ؛ لأنَّ لكلِّ شخصٍ شفقةً على حِدَةٍ.

وفي روايةِ ابنِ سِمَاعَةَ عنه أنَّه يجوزُ التَّفريقُ بينَ الصَّغيرِ وبينَ الأبعدِ إذا وُجِدَ مَنْ هو أقربُ منه.

وذكرَ محمَّد في «الزِّياداتِ»: إذا اجتمعَ مع الصَّغيرِ أبواهُ، لم يُفرِّقْ بينه وبين واحدٍ منهما، وجازَ أنْ يُفرِّقَ بينه وبين مَنْ سواهما معهما، وإذا اجتمعتِ القَرَاباتُ - غيرُ الأبِ والأُم - فإنْ كانَ مِنْ جهاتٍ مختلفةٍ، كأمِّ الأمِّ وأمِّ الأبِ والخالةِ والعمَّةِ، لم يُفرِّقْ بينه وبين واحدٍ منهم، وإنْ كانوا مِنْ جِهةٍ واحدةٍ، كالإخوةِ أو العمَّاتِ أو الخالاتِ جازَ بيعُهم مِنْ غيرِ كراهةٍ، إلَّا بيعَ واحدٍ منهم.

ويجوزُ بيعُ البعيدِ إذا وَجَدَ مَنْ هو أقربُ منه؛ لأنَّ في الجنسِ الواحدِ الشَّفقةَ مِنْ جنسٍ واحدٍ، فيَكتَفِي بالواحِدِ، وعند اختلافِ الجهاتِ تختلفُ الشَّفقةُ، فإنَّ لكلِّ نوعٍ شفقةً تُخالِفُ النَّوعَ الآخَرَ، فلا بُدَّ مِنِ اجتماعِ الكلِّ، واللهُ أعلمُ بالصَّوابِ.

❀ ❀ ❀

كِتَابُ النِّكَاحِ

كتاب النكاح

نحتاجُ إلى بيانِ صفةِ النّكاحِ المشروعِ، وإلى بيانِ تفسيرِ النّكاحِ لغةً، وإلى تفسيرِهِ في عُرفِ الشَّرعِ.

أمَّا الأوَّلُ: اختلفَ العُلماءُ فيهِ:

ـ قالَ داودُ بنُ عليٍّ الأصبهانيُّ[1] ومَنْ تَابعَهُ مِن أصحابِ الظَّواهرِ: بأنَّ النّكاحَ فرضُ عَينٍ، حتَّى إنَّ مَن تَرَكهُ معَ القُدرةِ على الوَطْءِ والإنفاقِ فإنَّهُ يأثمُ[2].

ـ وقالَ الشَّافعيُّ: إنَّه مُباحٌ[3].

ـ واختلفَ أصحابُنا:

❁ فقالَ بعضُهم: إنَّه فرضُ كفايةٍ إذا قامَ بِهِ البعضُ سقطَ عَن الباقينَ.

❁ وقالَ بعضُهم: إنَّه مندوبٌ مُستحبٌّ.

❁ وقال بعضُهم: إنَّه واجبٌ، ولكنَّ بعضَهم قالوا: واجبٌ على سبيلِ التَّعيينِ، بمنزلةِ الوِترِ والأُضحيةِ.

❁ وقال بعضُهم: هو واجبٌ على سبيلِ الكفايةِ.

---

(١) هو الإمام أبو سليمان، داود بن علي بن خلف البغدادي الظاهري المعروف بالأصبهاني، رئيس أهل الظاهر، إنما عرف بالأصبهاني، لأن أمه أصبهانية، وكان أبوه حنفي المذهب، ولد سنة (٢٠٠) هـ وتوفي سنة (٢٧٠) هـ انظر «سير أعلام النبلاء» (١٣/ ٩٧).

(٢) انظر: الحاوي الكبير (٩/ ٣١)، والمحلى بالآثار (٩/ ٣).

(٣) انظر: الحاوي الكبير (٩/ ٣١)، وبحر المذهب للروياني (٩/ ٢٩)، وتحفة المحتاج (٧/ ١٨٧).

ويَبتني على هذا الخلافِ مسألةُ التَّخلِّي، فعندنا الاشتغالُ بالنِّكاحِ معَ أداءِ الفرائضِ والسُّننِ أَولى مِن التَّخلِّي لنوافلِ العبادةِ معَ تركِ النِّكاحِ، خلافًا للشَّافعيِّ(١)، والمسألةُ معروفةٌ.

وأمَّا تفسيرُ النِّكاحِ لغةً: فهوَ الجَمعُ المُطلَقُ، يُقالُ: «أنكحْنا الفَرَا فَسَنَرى»(٢)، أي: جَمعْنا بينَهما.

وأمَّا في الشَّرعِ: فعبارةٌ عَن وجودِ رُكنِ العَقدِ معَ شُروطِهِ.

أمَّا رُكنهُ: فهو الإيجابُ والقَبولُ مِن الزَّوجَيْنِ، وهُما لفظانِ يُعبرَّ بهما عنِ الماضي أوْ يُعبرَّ بأحَدِهما عنِ الماضي والآخرُ عنِ المُستقبلِ، وفي البيعِ لا يَصحُّ ما لم يكنِ اللفظانِ يُعبرَّ بِهما عنِ الماضي، على مَا ذكرنا في البُيوعِ.

ثمَّ لا خِلافَ بينَ العلماءِ بأنَّ النِّكاحَ يَنعقدُ بلفْظِ التَّزويجِ والنِّكاحِ، واختلفوا فيمَا سِواهُما منَ الألفاظِ نحوَ: لفظِ البيعِ والهِبَةِ والتَّمليكِ ونحوِها.

وقالَ الشَّافعيُّ: لا يَنعقدُ إلَّا بهَذَينِ اللفظينِ(٣).

وعندَ أصحابِنا لا ينعقدُ إلَّا بلفظٍ مَوضوعٍ للتَّمليكِ.

ثمَّ اختلفَ المشايخُ، قالَ عامَّتُهم: لا ينعقدُ إلَّا بلفظٍ موضوعٍ لِتمليكِ الأعيانِ كالبيعِ والهِبةِ، لا بلفظٍ موضوعٍ لتمليكِ المَنافعِ كالإجارةِ والإعارةِ، وقال الكرخيُّ:

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (٩/ ٣٣)، وبحر المذهب للروياني (٩/ ٣١)، والمجموع شرح المهذب (١٦/ ١٣١).

(٢) «أنكَحْنا الفَرا فَسنَرى» قالَه رجل لامرأته حين خَطَب إليه ابنتَه رجلٌ وأبى أن يزوجه، فرضيت أمها بتزويجه فغلبت الأبَ حتى زوجها منه بكره، وقال: «أنكَحْنا الفَرا فسنرى»، ثم أساء الزوجُ العِشْرَةَ فطلقها، يضرب في التحذير من سوء العاقبة، انظر «مجمع الأمثال» (٢/ ٣٣٥).

(٣) انظر: الأم للشافعي (٥/ ٤٠)، ومختصر المزني (٨/ ٢٦٧)، والحاوي الكبير (٩/ ١٥٢).

ينعقدُ بلفظٍ موضوعٍ للتَّمليكِ مُطلقًا، سواءٌ كانَ لتمليكِ العَينِ أو لِتمليكِ المنفعةِ، حتَّى ينعقدُ النِّكاحُ بلفظِ الإجارةِ والإعارةِ عندَه.

وأمَّا لفظةُ الوصيَّةِ إنْ ذكرَ مُطلقًا وقال: «أوصيْتُكَ بابنتي هذهِ بألفِ درهمٍ» لا يصحُّ؛ لأنَّ الوصيَّةَ تمليكٌ بعدَ الموتِ.

والنِّكاحُ المُضافُ إلى الوقتِ لا يجوزُ، بأنْ قالتِ المرأةُ: «زوَّجتُ نفسي منكَ شهرَ رمضانَ بألفِ درهمٍ»، وأمَّا إذا قالَ: «أوصيتُكَ بابنتي هذهِ الآنَ بألفِ درهمٍ»، أوْ لَمْ يذكرِ المهرَ وقَبِلَ الزَّوجُ فينعقدُ.

وأمَّا بلَفْظةِ الإحْلالِ والتَّحليلِ والإباحةِ لا ينعقدُ؛ لأنَّها لا تقتضي التَّمليكَ، وكذا بلفظةِ المُتْعةِ بأنْ قالَ الزَّوجُ: «أتمتَّعُ بكِ بكَذا»، فَرضِيَتْ، أوْ قالتْ: «نعم»، لا ينعقدُ؛ لأنَّها لم تُوضعْ للتَّمليكِ، ولأنَّ المُتعةَ صارتْ مَنسوخةً، وهيَ عبارةٌ عنِ النِّكاحِ المُؤقَّتِ، وكذا لو قالَ: «زوِّجي نفسَكِ منِّي إلى شهرٍ بكذا»، فقالتْ: «زوَّجتُ»، لا ينعقدُ النِّكاحُ عندنا، وقالَ زُفرُ: ينعقدُ النِّكاحُ ويلغُو ذِكرُ الوقتِ، وعندنا هذا تفسيرُ نكاحِ المُتعةِ، وهو منسوخٌ.

فأمَّا النِّكاحُ المُضافُ إلى وقتٍ، أوِ المُعلَّقُ بالشَّرطِ، لا يصحُّ بالإجماعِ، بأنْ قالت: «زوَّجتُ نفسي منكَ غدًا أو شهرَ رمضانَ الآتي»، أو «زوَّجتُ نفسي منكَ إنْ دخلتَ الدَّار»َ، فقالَ الزَّوجُ: «قَبِلْتُ».

ولو قالَ: «أتزوَّجُكِ على أنْ أطلِّقَكِ إلى عشرةِ أيَّامٍ»، فَرضِيَتْ، أو قالتْ: «نعم»، أو قالت: «زوَّجتُ نفسي منكَ على هذا»، فإنَّه ينعقدُ النِّكاحُ ويَبطُلُ الشَّرطُ.

هذا الذي ذكرنا هو الحُكمُ في الزَّوجينِ، فأمَّا إذا كان أحدُ العاقدَيْنِ مالكًا والآخَرُ وليًّا أو وكيلًا أو رسولًا فكذلكَ الجوابُ؛ لأنَّه لا بدَّ من وجودِ لفظَينِ، وهو الإيجابُ من أحدِهما والقبولُ منَ الآخَرِ.

فأمَّا إذا كان الواحدُ وليًّا من الجانبَينِ، أو وكيلًا أو رسولًا مِنَ الجانبَينِ، أو وليًّا مِنْ جانبٍ ووكيلًا مِنْ جانبٍ، فإنَّه يُكتفى فيه بكلامٍ واحدٍ، بأنْ يقولَ: «زوَّجتُ فلانةَ مِنْ فلانٍ بكذا»، فينعقدُ النِّكاحُ، ولا يحتاجُ إلى أنْ يقولَ: «قبلْتُ عَنْ فلانٍ»؛ لأنَّ كلامَه يقومُ مقامَ كلامَينِ، وهذا عندنا.

وقال زُفر: لا يجوزُ أنْ يكونَ الواحدُ في النِّكاحِ عاقدًا مِنَ الجانبَينِ، كما في البيعِ لا يجوزُ أنْ يكونَ الواحدُ وكيلًا مِنَ الجانبَينِ.

وعندنا في البيعِ يجوزُ أنْ ينعقدَ بكلامٍ واحدٍ مِنَ الجانبَينِ، كالأبِ والوصيِّ، لكنْ في الوكيلِ لا يجوزُ على ما عُرف في البُيوعِ.

وأمَّا شروطُهُ فأنواعٌ:

منها: ما يَرجعُ إلى الأهليَّةِ مِنْ وجودِ العقلِ والبلوغِ، وهو شرطٌ عامٌّ في تنفيذِ كلِّ تصرُّفٍ دائرٍ بينَ الضَّررِ والنَّفعِ.

ومنها: **الحريَّةُ**، فإنَّ العبدَ والأَمَةَ إذا تزوَّجا بدونِ إذْنِ المَولَى لا ينعقدُ النِّكاحُ في حقِّ الحُكمِ، على ما رُوي عن النبيِّ ﷺ أنَّه قال: «**أيُّما عَبْدٍ تَزَوَّجَ بِغَيرِ إذْنِ سَيِّدِهِ فَهُوَ عاهِرٌ**»[1]، وكذلكَ الجوابُ في المُدبَّرِ والمُكاتَبِ وأُمِّ الولدِ، فأمَّا إذا أَذِنَ المَولَى جازَ، وإذا نفَذَ بإذنِ المَولَى يجبُ المهرُ في رقبتِهِ وكسْبهِ في القِنِّ، وفي غيرِهِ يكونُ في الكسْبِ لا في الرَّقبةِ، إلَّا في المكاتَبِ إذا عجَزَ يكونُ المهرُ في رقبتِهِ وكسْبهِ، إمَّا أنْ يُباعَ فيه، أو يُؤدِّيَ المولَى ويستخلِصَ الرَّقبةَ لنفْسهِ.

ومنها: كونُ المرأةِ مُحلَّلةً، فإنَّ المُحَرَّمَةَ لا تكونُ محلًّا لثبوتِ حكمِ النِّكاحِ، قال الله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] إلى أنْ قالَ: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤].

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٠٧٨)، والترمذي (١١١٢) من حديث جابرٍ رضي الله عنه، وقال الترمذي: «حسنٌ صحيحٌ»، وكذا أخرجه ابن ماجه (١٩٦٠) من حديث ابن عمر وفيه: «فهو زان» بدل «فهو عاهر».

ثُم تحريمُ النّكاح يتنوَّعُ إلى تسعةِ أنواعٍ:

١ ـ تحريمٌ بسببِ القَرابةِ.

٢ ـ وتحريمٌ بسبب الصِّهريَّةِ.

٣ ـ وتحريمٌ بالرَّضاعِ.

٤ ـ وتحريمُ الجَمعِ.

٥ ـ وتحريمٌ بتقديمِ الأَمَةِ على الحرَّةِ.

٦ ـ وتحريمٌ بسببِ حقِّ الغَيرِ.

٧ ـ وتحريمٌ بسببِ الشِّركِ.

٨ ـ وتحريمٌ بسببِ المِلْكِ.

٩ ـ وتحريمٌ بالطَّلاقِ الثَّلاثِ

فأمَّا المُحرَّماتُ بسببِ القَرابةِ فنقولُ: إنَّ المُحرَّماتِ بالقَرابةِ سبْعُ فِرَقٍ: الأمَّهاتُ والبناتُ والأخواتُ والعمَّاتُ والخالاتُ وبناتُ الأخِ وبناتُ الأُختِ، وثبَتَ في حقِّ هؤلاءِ حُرمةُ النّكاحِ وحُرمةُ الوَطءِ ودَوَاعيهِ بطريقِ التَّأبيدِ، عرَفنا ذلكَ بقولهِ تعالى: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ... ﴾ الآيةَ [النساء: ٢٣].

أمَّا الأُمَّهات: فأُمُّ الرَّجُل وجدَّاتُه مِنْ قِبَلِ أبيهِ وأمِّه وإنْ علَوْنَ.

وأمَّا البناتُ: فبنْتُ الرَّجلِ مِنْ صُلبه، وبناتُ الابنِ والبنتِ وإنْ سَفَلْنَ.

وأمَّا الأخواتُ: فثلاثةُ أنواعٍ: الأخواتُ لأبٍ وأمٍّ، والأخواتُ لأبٍ، والأخواتُ لأمٍّ.

وأمَّا العمَّاتُ فثلاثةُ أنواعٍ: عمَّةٌ لأبٍ وأمٍّ، وعمَّةٌ لأبٍ، وعمَّةٌ لأمٍّ، وكذا عمَّاتُ أبيه، وعمَّاتُ أجدادِهِ، وعمَّاتُ أمِّهِ، وعمَّاتُ جدَّاتِهِ، وإنْ سَفَلْنَ.

وأمَّا الخالاتُ: فخالةُ الرَّجُلِ لأبٍ وأمٍّ، وخالتُهُ لأبٍ، وخالتُهُ لأمٍّ، وخالاتُ آبائِهِ وأمَّهاتِهِ.

وأمَّا بناتُ الأخِ وبناتُ الأُختِ، وبناتُ بناتِ الأخِ والأُختِ، وبناتُ أبناءِ الأخِ والأختِ، وإنْ سَفَلْنَ.

والثَّاني التَّحريمُ بالصِّهريَّةِ فنقولُ: المُحرَّماتُ بالصِّهريَّةِ أربعُ فِرَقٍ:

أحدُها: أمُّ الزَّوجةِ وجدَّاتُها مِنْ قِبَلِ الأبِ والأمِّ وإنْ علَوْنَ.

ثُم أمُّ الزَّوجةِ تَحرُمُ بنفسِ العقدِ على البنتِ، ولا يُشترَطُ الدُّخولُ بالبنتِ، حتى إنْ مَنْ تزوَّجَ امرأةً تحرُم عليه أمُّها، دخلَ بها أو لمْ يَدخُلْ، فهذا قولُ عامَّةِ الصَّحابةِ وعامَّةِ العلماءِ، وقال مالكٌ وداودُ الأصبهانيُّ ومحمَّدُ بنُ شجاعٍ وبِشرُ المريسيُّ: بأنَّها لا تَحرُمُ بنفسِ العقدِ على البنتِ ما لمْ يُوجدِ الدُّخولُ بالبِنتِ، وحكَوا هذا المذهبَ عَنْ عليٍّ ﷺ(1)، والصَّحيحُ قولُ العامَّةِ؛ لقولِهِ تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] مِنْ غيرِ فصلٍ.

ومنها: بنتُ المرأةِ، ولكنْ يُشترطُ الدُّخـولُ بالأمِّ، ولا تَحـرُمُ بنفسِ العقـدِ على الأمِّ؛ لقولِهِ تعالى: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ [النساء: ٢٣] شَرَطَ الدُّخولَ بالأمِّ لحُرمةِ الرَّبيبةِ.

فكذا بناتُ بنتِ المرأةِ وبناتُ ابنِها أيضًا، ويستوي الجوابُ بينَهما إذا كانت بنتُ المرأةِ في حِجْرِ الزَّوجِ أوْ لا، خِلافًا لبعضِ النَّاسِ.

ومنها: حليلةُ الابنِ، حرامٌ على أبيهِ، دَخلَ بها الابنُ أمْ لا، وكذا حليلةُ ابنِ الابنِ وابنِ البنتِ وإنْ سفَلُوا؛ لقولِهِ تعالى: ﴿وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنْ أَصْلَٰبِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣].

---

(١) انظر: الإشراف على نكت مسائل الخلاف (٢/ ٧٠٢)، والمحلى بالآثار (٩/ ١٤١)، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد (٣/ ٥٨)، وأسهل المدارك «شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك» (٢/ ٨٠).

وأمَّا حليلةُ ابنِ المُتبنَّى لا تَحرُمُ على الأبِ المتبنِّي؛ لقولِهِ تعالى: ﴿وَحَلَٰٓئِلُ أَبۡنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنۡ أَصۡلَٰبِكُمۡ﴾ [النساء: ٢٣].

ومنها: حليلةُ الأبِ وحليلةُ الأجدادِ مِنْ قِبَلِ الأبِ والأمِّ وإنْ علَوا؛ لقولِهِ تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٢٢].

ثُم حُرمةُ المصاهرةِ تثبتُ بطريقِ التَّأبيدِ بسببِ النِّكاحِ الصَّحيحِ دونَ الفاسدِ، وكذا تثبتُ بالوطءِ الحلالِ بمِلْكِ اليمينِ، وكذا تثبتُ بالوطءِ عَنْ شُبهةٍ، وتثبتُ أيضًا بالنَّظرِ إلى الفرجِ عَنْ شهوةٍ دون النَّظرِ إلى سائرِ الأعضاءِ، وتثبتُ بالمسِّ عنْ شهوةٍ في سائر الأعضاءِ، وهذا عندنا.

وعند الشَّافعيِّ لا يثبتُ بالمسِّ والنَّظرِ[1].

ويعني بالمسِّ عنْ شهوةٍ، وهو أنْ يشتهي بقلبِهِ، وهو أمرٌ لا يقفُ عليه إلا اللَّامسُ والنَّاظرُ فيُعرَفُ بإقرارِهِ، أمَّا تحريكُ الآلةِ والانتشارِ فليس بشرطٍ وهو الأصحُّ، فإنَّ المسَّ عنْ شهوةٍ يتحقَّقُ مِنَ العنِّينِ، ولا تنتشرُ آلتُهُ، وكذا المجبوبُ لا آلةَ له، ويتحقَّقُ منه المسُّ والنَّظرُ عَنْ شهوةٍ.

ونعني بالنَّظرِ إلى الفرجِ هو النَّظرُ إلى عينِ الفرجِ لا إلى حواليه هو الأصحُّ.

وكذا تثبتُ حرمةُ المُصاهَرةِ بالزِّنا والمسِّ والنَّظرِ إلى الفَرْجِ بِدونِ المِلْكِ وشُبهتِه عندَنا، وعند الشَّافعيِّ لا تثبتُ بالزِّنا[2]، والمسألةُ معروفةٌ.

وأمَّا التَّحريمُ بسببِ الرَّضاعِ فنقول: كُلُّ مَنْ تَحرُمُ بسببِ القرابةِ مِنَ الفِرَقِ السَّبعِ تحرُمُ بسببِ الرَّضاعِ، قال اللهُ تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ﴾ الآيَةَ

---

(١) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب (١٢/ ٢٣٨-٢٣٩)، والتهذيب في فقه الإمام الشافعي (٥/ ٣٦٦-٣٦٧)، وعجالة المحتاج إلى توجيه المنهاج (٣/ ١٢٥٢).

(٢) انظر: التهذيب في فقه الإمام الشافعي (٥/ ٣٦٥)، والنجم الوهاج في شرح المنهاج (٧/ ١٦١).

[النساء: ٢٣]، وقال ﷺ: «يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ»(١).

وكذا كلُّ مَنْ يَحرمُ بالصِّهريَّةِ مِنَ الفِرَقِ الأربعِ بالنَّسبِ يَحرمُ بالرَّضاعِ، حتى تَحرُمُ على الواطِئِ أمُّ الموطوءةِ وبنتُها مِنْ جهةِ الرَّضاعِ، وتَحرمُ الموطوءةُ على أبِ الوَاطِئِ وابنهِ مِنْ جهةِ الرَّضاعِ، وتَحرمُ موطوءةُ أبِ الرَّضاعِ على ابنه مِنَ الرَّضاعِ، وتَحرمُ مَوطوءةُ ابنِ الرَّضاعِ على أب الرَّضاعِ؛ لما رَوينا مِنَ الحديثِ.

وأمَّا تحريمُ الجمعِ فنوعانِ:

أحدُهما: تحريمُ الجمعِ بينَ الأجنبياتِ.

والثَّاني: تحريمُ الجمعِ بينَ ذواتِ الأرحامِ، وكلُّ واحدٍ منهما على وجهين: الجمعُ في النِّكاحِ، والثَّاني: الجمعُ في الوطءِ ودواعيهِ.

أما تحريمُ الجمعِ بينَ الأجنبياتِ في النِّكاحِ فإنَّه يَحرمُ الجمعُ بينَ خَمسِ نِسوةٍ فصاعدًا، ويباحُ الجمعُ بينَ الأربعِ وما دونَها، وهذا عند عامَّة العلماءِ.

وقال بعضهم: يَحلُّ الجمعُ بين التِّسعِ، وقال بعضهم: يَحلُّ الجمعُ بين ثمانيةَ عشرَ(٢).

فأمَّا الجمعُ في مِلْكِ اليمينِ عقدًا ووطئًا حلالٌ وإنْ كثرتْ؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ﴾ [المؤمنون: ٦].

---

(١) أخرجه البخاري (٢٦٤٥) من حديث ابن عبَّاسٍ رضي الله عنهما، ومسلمٌ (١٤٤٥) من حديث عائشةَ رضي الله عنها.

(٢) ليس هذا قولًا في المذهب ولا هو مذهبٌ معتبرٌ لأحدٍ من العلماء المتبوعين وإنما هو قولٌ شاذٌّ ذكره بعض أهل التفسير ولا اعتبار له؛ قال البغوي «وهذا إجماعٌ أن أحداً من الأمة لا يجوز له أن يزيد على أربع نسوةٍ، وكانت الزيادة من خصائص النبي ﷺ، لا مشاركة معه لأحدٍ من الأمة فيها»، انظر «تفسير البغوي» (١/ ٥٦٤). وقد ذَكَر الكاسانيُّ في «البدائع» (٢/ ٢٦٦) الأدلةَ في الردِّ على هذين القولين فلتراجع، ونصَّ في «العناية شرح الهداية» (٣/ ٢٣٩) أن القائل بذلك هم الرافضة.

وأمَّا تحريمُ الجمعِ بينَ ذواتِ الأرحامِ فنوعانِ أيضًا: الجمعُ في عقدِ النِّكاحِ، والجمعُ في الوطءِ بمِلْكِ اليمينِ.

أمَّا الأوَّلُ: فهو تحريمُ الجمعِ نِكاحًا، فنقولُ: لا خلافَ بينَ العلماءِ في تحريمِ الجمعِ بينَ الأختينِ نِكاحًا، وتحريمُ الجمعِ بينَ الأمِّ وبنتِها.

فأمَّا الجمعُ بين ذواتِي رحمٍ مَحْرَمٍ نكاحًا، غيرُ الجمعِ في الوَلادِ، وغيرُ الجمعِ بينَ الأختينِ ممَّا سواهنَّ، كالجمعِ بينَ امرأتينِ لو كانتْ إحداهما ذكرًا لا يجوزُ نكاحُ الأخرى له مِنَ الجانبينِ أيَّتهما كانت مِنْ غيرِ عينٍ، كالجمعِ بينَ عمَّةِ المرأةِ وبنتِ أخيها، وبينَ خالةِ المرأةِ وبنتِ أختِها ونحوِ ذلك، حرامٌ عند عامَّةِ العلماء.

وقال عثمانُ البتِّيُّ[1]: الجمعُ فيما سوى الأختين مِنْ ذواتِ الأرحامِ ليس بحرامٍ.

وإذا ثبت أنَّ الجمع بينهما نكاحًا حرامٌ، فإذا تزوَّجَ إحدَاهما قبلَ الأخرى، فنكاحُ الأولى جائزٌ، ونكاحُ الثَّانيةِ باطلٌ، ولو تزوَّجَهما معًا بطلَ نكاحُهما؛ لأنَّ الجمعَ حصل بهما، فيجبُ على كلِّ واحدٍ منهما أنْ يعتزلَ عَنْ صاحبِهِ ويتركَ النِّكاحَ، ولو علمَ القاضي بذلكِ يفرِّقُ بينهما، فإنْ كانَ قبلَ الدُّخولِ فلا مهرَ لها، ولا عدَّةَ عليها، وإنْ كانَ بعدَ الدُّخولِ يجبُ مهرُ المثلِ مقدَّرًا بالمُسمَّى، ولا يجبُ الحدُّ وإنْ قالَ الزَّوجُ: «علمتُ أنَّها عليَّ حرامٌ»، ولا يدَّعي شبهةَ الاشتباهِ؛ لأنَّ شبهةَ النِّكاحِ قائمةٌ.

ولو وطِئها مِرارًا قبلَ التَّفريقِ والمتاركةِ لا يجبُ إلا مهرٌ واحدٌ؛ لأنَّ العقدَ الفاسدَ منعقدٌ مِنْ وجهٍ، ولو وطِئهَا بعدَ المتاركةِ مرَّةً أخرى لا يجبُ مهرٌ آخَرُ، ويجبُ الحدُّ؛ لأنَّ هذا زِنًا.

---

(١) هو أبو عمرو عُثْمَانُ بن سليمان بن جرموز الْبَتِّيُّ وكان ثقة له أحاديث وكان صاحب رأي وفقه، وَكَانَ يَبِيعُ الْبُتُوتَ فَقِيلَ الْبَتِّيُّ، توفي سنة ١٤٣هـ، انظر «الطبقات» لابن سعد (٧/ ٢٥٧) «تقريب التقريب» (٧/ ١٥٤).

ولو تزوَّجَ أختَ جاريتِهِ التي وطِئها أو أختَ أمِّ ولده جازَ النِّكاحُ، ولكنْ لا يطؤُها ما لم يُحرِّمْ عليه وطءُ إحداهما، بأنْ زوَّج أمَّ ولده مِنْ إنسانٍ أو زوَّجَ الأمَةَ أو باعَهَا؛ لأنَّه لا فراشَ للأمَةِ عندنا، خلافًا للشَّافعيِّ(١)، وفراشُ أمِّ الولدِ ضعيفٌ ينتفي بمجرَّدِ النَّفيِ، ولا يحتاجُ إلى اللِّعانِ.

فأمَّا إذا تزوَّجَ أختَ امرأةٍ تعتدُّ منه لا يجوزُ عندنا، سواءٌ كانتْ مطلَّقةً طلاقًا رجعيًّا أو بائنًا أو ثلاثًا، أو بالمَحْرَمِيَّةِ الطَّارئةِ(٢)، وسواءٌ كانتِ العدَّةُ عَنْ نكاحٍ أو عنِ الوطءِ بالشُّبهةِ.

وقال الشَّافعيُّ: يجوزُ إلا في الطَّلاقِ الرَّجعيِّ(٣)؛ لأنَّ النِّكاحَ قائمٌ مِنْ وجهٍ عندنا في حالةِ العدَّةِ، والثَّابتُ مِنْ وجهٍ في بابِ التَّحريمِ كالثَّابتِ مِنْ كلِّ وجهٍ.

وكذلك لا يجوزُ له أنْ يتزوَّجَ أربعًا أخرى سواها عندنا، خلافًا له.

وأمَّا إذا تزوَّجَ أختَ أمِّ ولده وهي تعتدُّ منه، بأنْ أعتقَها ووجبتْ عليها العدَّةُ فإنَّه لا يجوزُ، ويجوزُ أنْ يتزوَّجَ أربعًا سواها، وهذا عند أبي حنيفةَ.

وقالا: يجوزُ ذلك كلُّه.

وقال زُفرُ: لا يجوزُ ذلك كلُّه.

وأمَّا الجمعُ بينَ الأختينِ في مِلْكِ اليمينِ فجائزٌ عندنا، خلافًا لمالكٍ(٤)، وأمَّا الجمعُ

---

(١) انظر: مختصر المزني (٨/ ٣٢١)، والحاوي الكبير (١١/ ١٥٣).

(٢) في حاشية «أ»: (قوله: أو بالمحرمية الطارئة: بأن مكنت ابن زوجها من نفسها فتحرم على الزوج، وتعتد منه، فلا يجوز أن يتزوج أختها في عدتها).

(٣) انظر: الحاوي الكبير (٩/ ١٦٩)، وبحر المذهب للروياني (٩/ ١٦٧)، والبيان في مذهب الإمام الشافعي (٩/ ٢٤٥-٢٤٦).

(٤) انظر: المدونة (٢/ ٣٨١)، والتبصرة للخمي (٥/ ٢٠٨٢)، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد (٣/ ٦٥).

بينهما وطئًا فلا يجوز، لكنْ يطأُ إحداهما لا غير، ولا يَجمعُ بينهما في المسِّ عنِ الشَّهوةِ والنَّظرِ إلى الفرجِ، وإنْ أزالَ الموطوءةَ عنْ مِلْكِهِ أو زوَّجَها مِنْ إنسانٍ يُباحُ له الاستمتاعُ بالأخرى، وهذا قولُ عامَّةِ الصَّحابةِ وعامَّةِ العلماءِ، ورُوي عنْ عثمانَ بنِ عفَّانَ ﷺ أنَّه قال: «يَحِلُّ الجمعُ بينهما وَطئًا، ولكنْ أنَا لا أفعلُ»[١].

وأمَّا تحريمُ تقديمِ الأَمَةِ على الحرَّةِ:

فمنْ كانتْ تحتَهُ حرَّةٌ لا يجوزُ له أنْ يتزوَّجَ الأَمَةَ، ومنْ كانت تحتَهُ أَمَةٌ يجوزُ له نِكاحُ الحرَّةِ، ولو جمعَ بينَ نكاحِ الأمَةِ والحرَّةِ لا يجوزُ نكاحُ الأمَةِ ويجوزُ نكاحُ الحرَّةِ؛ لقوله ﷺ: **«لا تُنْكَحُ الأَمَةُ على الحُرَّةِ، وَتُنْكَحُ الحُرَّةُ على الأَمَةِ»**[٢].

وإذا كان قادرًا على مهرِ الحرَّةِ ونفقتِهَا فتزوَّجَ الأَمَةَ جازَ عندنا، خلافًا للشَّافعيِّ[٣].

ولو كانتِ الحرَّةُ في عدَّتِه فتزوَّجَ الأمَةَ لا يجوزُ عند أبي حنيفة، وعندهما يجوزُ، والصَّحيحُ قول أبي حنيفةَ؛ لأنَّ النِّكاحَ الثَّابتَ مِنْ وجهٍ كالثَّابتِ مِنْ كلِّ وجهٍ في بابِ التَّحريمِ.

وأمَّا التَّحريمُ بسببِ حقِّ الغيرِ:

فنكاحُ منكوحةِ الغيرِ حرامٌ، قال اللهُ تعالى: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٢٤]،

---

(١) أخرجه مالكٌ في الموطأ (٣٤)، وعبد الرزاق في «المصنف» (١٢٧٢٨) ولفظه: «أَحَلَّتهُمَا آيةٌ، وحرَّمتهُمَا آيةٌ، فأمَّا أنا فلا أُحبُّ أَن أصنعَ ذلكَ».

(٢) أخرجه الدارقطني (٤٠٠٢) من حديث عائشة بلفظ: «وتتزوَّجُ الحُرَّةُ على الأَمَة ولا تتزوَّجُ الأَمَةُ على الحُرَّةِ»، وفيه مُظاهر بنُ أَسلَم وهو ضعيفٌ.

وأخرجه الطبريُّ في «تفسيره» (٩٠٦٨)، وابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٦٠٧١) عن الحسن مرسلًا، وقال الكمال بن الهمام: «وفي ذلك آثارٌ ثابتةٌ عن الصَّحابة والتَّابعين ﷺ تقوِّي الحديثَ المرسَلَ؛ فوجبَ قَبولُه»، ينظر تمامه في «فتح القدير» (٣/ ٢٣٦).

(٣) انظر: الحاوي الكبير (٩/ ٢٣٣)، والمجموع شرح المهذب (١٦/ ٢٣٨-٢٣٩)، وأسنى المطالب في شرح روض الطالب (٣/ ١٥٧-١٥٨).

وكذا نكاحُ معتدَّةِ الغيرِ؛ لأنَّ النِّكاحَ قائمٌ مِنْ وجهٍ، وحقُّه محترَمٌ، وكذا منكوحةُ الذِّميِّ ومعتدَّتُه؛ لأنَّ حقَّه محترَمٌ.

فأمَّا المَسْبِيَّاتُ المنكوحاتُ فبعدَ الإحرازِ بدارِ الإسلامِ، تقعُ الفُرقَةُ وتحلُّ للسَّابي وغيره، ولا عدَّةَ عليهنَّ، وعند الشَّافعيِّ يَحلُّ في دارِ الحربِ؛ وعلَّةُ الفُرقَةِ عنده هي السَّبيُ[1]، وعندنا تَباينُ الدَّارينِ، حتى لو سُبي الزَّوجانِ مَعًا لا تقعُ الفُرقَةُ عندنا؛ لعدمِ تباينُ الدَّارينِ.

فأمَّا المُهاجرَةُ وهي المرأةُ التي دخلتْ دارَ الإسلامِ مُرَاغِمَةً لزوجها، مسلمةً أو ذميَّةً جازَ نِكاحُها ولا عدَّة عليها عند أبي حنيفةَ، وقالا: عليها العدَّةُ.

وأمَّا إذا كانتْ حاملًا فعنْ أبي حنيفةَ روايتانِ، في روايةِ محمَّدٍ لا يتزوجُها، وفي روايةِ أبي يوسفَ يتزوجُ ولا يطؤُها حتى تضعَ حملَهَا[2].

ولو تزوَّجَ امرأةً حاملًا مِنْ زِنَا جازَ، ولا يطؤُها حتى تضعَ حملَهَا عندهما، وعند أبي يوسفَ لا يصحُّ النِّكاحُ، والصَّحيحُ قولهما؛ لأنَّه لا حُرمةَ لماءِ الزِّنَا، ولكنْ لا يطؤُها حتى تضعَ حملَهَا؛ لقوله ﷺ: «مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللهِ واليَوْمِ الآخَرِ فَلَا يَسْقِيَنَّ مَاءَهُ زَرْعَ غَيْرِهِ»[3].

وأمَّا التَّحريمُ بسببِ الشِّركِ فنقولُ: لا يحلُّ وطءُ المشركاتِ بنكاحٍ ولا بمِلْكِ يمينٍ، وتحلُّ الكتابيَّاتُ؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢١]، وقال تعالى: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة: ٥]، ويجوزُ نكاحُ

---

(١) انظر: الأم للشافعي (٧/ ٣٦٦)، والحاوي الكبير (٩/ ٢٦٠).

(٢) الأظهر أنه لا يصح أن يتزوجها حتى تضع، انظر «حاشية ابن عابدين» (٣/ ١٩٣).

(٣) أخرجه أبو داود (٢١٥٨) واللفظ له، والترمذي (١١٣١) من حديث رُويفع بن ثابت ﵁، قال رسول الله ﷺ: «لا يحِلُّ لامرئٍ يؤمنُ بالله واليومِ الآخرِ أن يَسقيَ مَاءَه زَرْعَ غيرِه»، وقال الترمذيُّ: «حديث حسن والعمل على هذا عند أهل العلم».

الأَمَةِ الكتابيَّةِ كالحرَّةِ سواءٌ عندنا، خلافًا للشَّافعيِّ[١].

وأمَّا نكاحُ المجوسيَّاتِ فلا يجوزُ، ولا يحلُّ وطؤهنَّ بمِلْكِ يمينٍ؛ لأنَّه لا كتابَ لهن.

فأمَّا الصَّابئاتِ قال أبو حنيفة: يحلُّ بالنِّكاحِ وبمِلْكِ اليمنِ، خلافًا لهما، وهو ليس باختلافٍ في الحقيقةِ، وإنَّما الاختلافُ لاشتباهِ مذهبهم، فعندَ أبي حنيفةَ أنَّهم مِنْ أهلِ الكتابِ، فإنَّهم يَقرؤونَ الزَّبورَ ولا يَعبدونَ الكواكبَ، لكنْ يُعظِّمونَها، كتعظيمِ المسلمينَ الكعبةَ في الاستقبالِ إليها، وعندهما أنَّهم يَعبدونَ الكواكبَ، فحكمهم كحُكمِ عابدِ الوثَنِ.

وأمَّا نكاحُ الكفَّارِ فيما بينهم فجائزٌ، وقال مالكٌ: أنكحتُهم فاسدةٌ[٢]، والصَّحيحُ قول العامَّةِ؛ لأنَّ النِّكاحَ سنَّةُ آدمَ عليه السَّلام، فهم على شريعتِهِ في ذلكَ، وقال ﷺ: «وُلِدْتُ مِنْ نِكَاحٍ وَلَمْ أُولَدْ مِنْ سِفَاحٍ»[٣] وإنْ كانَ أكثرُ آبائِه كفارًا[٤].

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (٩/ ٢٣٣)، والمجموع شرح المهذب (١٦/ ٢٣٨-٢٣٩)، وأسنى المطالب في شرح روض الطالب (٣/ ١٥٧-١٥٨).

(٢) انظر: الإشراف على نكت مسائل الخلاف (٢/ ٧٠٩)، وشرح مختصر خليل للخرشي (٣/ ٢٢٧).

(٣) أخرجه الطبرانيُّ في «الأوسط» (٤٧٢٨) من حديث عليٍّ ﷺ، قال رسول الله ﷺ: «خَرَجتُ مِن نِكاحٍ، ولَم أخرُج مِن سِفَاحٍ»، قال الهيثميُّ: وفيه محمد بن جعفر بن محمد بن علي، صَحَّحَ له الحاكمُ في «المستدرك» وقد تكلَّمَ فيه، وبقيةُ رجاله ثقات، وكذا أخرجه عبد الرزاق في «المصنف» (١٣٢٧٣) عن أبي جعفرٍ الباقر مرسلًا، وهو مرسلٌ جيدٌ، وقد وصله ابنُ عَديٍّ، كذا قاله ابن كثير.

انظر «مجمع الزوائد» (٨/ ٢١٤)، «البداية والنهاية» (٢/ ٣١٤)، «البدر المنير» (٧/ ٦٣٧)

(٤) قال ابن عابدين في «الدُّر» (٣/ ١٨٥): وبالجملة كما قال بعضُ المحققين،إنَّهُ لا ينبغي ذكرُ هذه المسألة إلا مع مَزيدِ الأدب، وليست من المسائلِ التي يَضُرُّ جَهلُها أو يُسأل عنها في القبر أو في المَوقف، فحِفْظُ اللِّسان عن التكلُّمِ فيها إلا بخيرٍ أولى وأسلم.

وأمَّا المرتدَّةُ فلا يجوزُ لمسلمٍ ولا لكافرٍ ولا لمرتدٍّ نكاحُهَا؛ لأنَّها لا ملَّةَ لها للحالِ، لأنَّها تركتْ ملَّةَ الإسلامِ، فلا تُقَرُّ على ما صارتْ إليه مِنَ الملَّةِ.

ولو ارتدَّ أحدُ الزَّوجينِ يبطلُ النِّكاحُ، ولو ارتدَّا معًا يبقى النِّكاحُ بينهما عندنا، خلافًا لزُفَرَ؛ لإجماعِ الصَّحابةِ على ذلك.

وأمَّا التَّحريمُ بسببِ مِلْكِ اليمينِ، وهو أنَّه لا يجوزُ نكاحُ جاريتِهِ، ولا مكاتبتِهِ، ولا جاريةٍ مديونةٍ دَيْنًا مُستغرِقًا، ولا جاريةٍ مشتركَةٍ بينه وبين غيره، ولا جاريةٍ له فيها حقُّ المِلْكِ، كجاريةٍ مِنْ أكسابِ عبدِه المأذونِ المديونِ، وأكسابِ مكاتَبِه.

وكذا المرأةُ لا يجوزُ لها أنْ تتزوَّجَ مملوكَها؛ لأنَّ في النِّكاحِ حقوقًا لا يجوزُ أنْ تثبتَ بينَ العبدِ والمولى؛ لما بينهما مِنَ التَّنافي.

وكذلكَ إذا اعترضَ مِلْكُ اليمينِ يبطلُ النِّكاحُ، بأنْ مَلَكَ كلُّ واحدٍ مِنَ الزَّوجينِ صاحبَهُ أو شِقْصًا منه.

وقالوا في العبدِ والمُدبَّرِ المأذونينِ إذا اشتريا زوجتَهُما ووطِآها لم يفسدْ؛ لأنَّه لا يثبتُ مِلْكُ المتعةِ بمِلْكِ اليمينِ في حقِّهما، وكذا المكاتبُ إذا اشترى زوجتَهُ لم يفسدْ؛ لأنَّه لا يملِكُهَا، وإنَّما يثبتُ له فيها حقُّ المِلْكِ، وأنَّه يُمنَعُ ابتداءَ النِّكاحَ، فلا يَفسدُ النِّكاحُ كالعدَّةِ، وقالوا فيمن زوَّج ابنته مِنْ مكاتبه ثم مات لم يفسدْ النِّكاحُ بينهما حتى يَعجزَ؛ لأنَّ المكاتبَ لا يُورَثُ، وعند الشَّافعيِّ يفسدُ(١).

وأمَّا مُعتَقُ البعضِ ففي حكمِ المكاتَبِ عند أبي حنيفةَ، وعندهما حرٌّ.

وأمَّا التَّحريمُ بالطَّلاقِ الثَّلاثِ، ثبتَ بكتاب اللهِ تعالى، وهو قوله: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠]، وأحكامُ المطلَّقةِ ثلاثًا تُذكرُ في كتابِ الطَّلاقِ إنْ شاءَ اللهُ تعالى.

---

(١) انظر: الأم للشافعي (٨/ ٧٩)، ومختصر المزني (٨/ ٤٤١)، والحاوي الكبير (١٨/ ٢٩١).

ومنها الوليُّ والمهرُ، وفيهما خلافٌ على ما نَذكُرُ في بابِهما إنْ شاء الله تعالى.

ومنها الشَّهادةُ، فهي شرطٌ عند عامَّة العلماءِ، وقال مالكٌ: الإعلانُ شرْطٌ، حتى إذا وُجِدَ الإعلانُ بدونِ حضورِ الشُّهودِ نحوَ ضربِ الدُّفِّ والطَّبلِ ونحوه ينعقدُ، ولو حضرَ شاهدانِ سرًّا عنِ النَّاسِ، وشَرطُوا عليهما الكِتمانَ فإنَّه لا ينعقدُ[1]، والصَّحيحُ قولُ العامَّةِ؛ لقوله ﷺ: «لا نِكَاحَ إلا بِشُهُودٍ»[2].

ثم الشُّهودُ الذين يَنعقدُ بهِمُ النِّكاحُ فيهم شرائطُ منها: العقلُ والبلوغُ والحرِّيةُ، حتى لا ينعقدُ بحضرةِ الصِّبيانِ والمجانينِ والعبيدِ، وكذا الإسلامُ في حقِّ نكاحِ المسلمِ والمسلمةِ، حتى لا يجوزُ إلا بحضرةِ المسلمينَ.

فأمَّا المسلمُ إذا تزوَّج ذمِّيةً بشهادةِ ذمِّيينَ جازَ عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمَّدٌ: لا يجوزُ.

وكذا القاضي لا يقضي بنكاحِ المسلمةِ على المسلمِ إلا بشهادةِ المسلمينَ.

وهل يَقضي بنكاحِ المسلمِ على الذِّمِّيةِ بشهادةِ الذِّمِّيين إنِ ادَّعتِ الذِّمِّيةُ النِّكاحَ على المسلمِ لا يُقبلُ؛ لأنَّهُ شهادةٌ على المسلم، وإنْ جحدتِ الذِّمِّيةُ وادَّعى المسلمُ النِّكاحَ هل يَقضي بشهادةِ الذِّمِّيين؟ فهو على الاختلافِ الذي ذكرنا في الانعقادِ.

وأمَّا نكاحُ أهلِ الذِّمَّة فيما بينهم، فينعقدُ بشهادتِهم عندنا، سواءٌ كانتْ مِلَلُهم متَّفقةً كشهادةِ اليهود لليهودِ والنَّصارى للنَّصارى، أو مختلفةً كشهادةِ اليهودِ للنَّصارى.

وقال ابنُ أبي ليلى: يجوزُ عند اتِّفاقِ المِللِ دون اختلافها.

---

(١) انظر: المقدمات الممهدات (١/ ٤٧٩-٤٨٠)، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد (٣/ ٤٤).

(٢) لم أجده هكذا، وفي الباب أحاديثُ: منها ما أخرجه ابن حبان في «صحيحه» (٤٠٧٥) من حديث عائشة رضي الله عنها بلفظ: «لا نكاحَ إلا بوليٍّ وشاهِديْ عَدْلٍ...»، وما أخرجه الترمذي (١١٠٣) من حديث ابن عباس رضي الله عنه بلفظ: «البَغَايا اللَّاتي يُنكِحْنَ أَنفُسهُنَّ بغَيرِ بيِّنَة».

وعند الشَّافعيِّ: لا يجوزُ أصلًا[1].

ثم عندنا إنَّما يجوزُ إذا كانوا مِنْ أهلِ دارٍ واحدةٍ، بأنْ كانوا في دارِ الإسلامِ أو في دارِ الحربِ، فأمَّا إذا اختلفتِ الدُّورُ بأنْ كانت الشُّهودُ مِنْ أهلِ دارِ الحربِ كشهادةِ المستأمنينَ في نكاحِ الذِّميِّ لا يصحُّ، وإنْ كان على العكسِ يصحُّ، كنكاحِ الذِّميِّ ينعقدُ بشهادةِ المسلمينَ، ولا ينعقدُ نكاحُ المسلمِ بشهادةِ أهلِ الذِّمَّةِ.

ومنها العددُ، فهو شَرطٌ، وهو شهادةُ رجلينِ أو رجلٌ وامرأتينِ، وهذا عندنا، وقال الشَّافعيُّ: لا يصحُّ إلا بشهادةِ الرَّجلينِ[2].

وكذا الخلافُ في قضاءِ النِّكاحِ بشهادتهم، وهذا إذا لم يتعلَّقْ به وجوبُ الحدِّ، فأمَّا إذا تعلَّقَ بأنْ أقامَ الشُّهودَ على الزِّنَا فأنكرَ الزَّاني الإحصانَ فشهدَ رجلٌ وامرأتانِ على النِّكاح يُقبلُ أيضًا عند أصحابنا، وعند زُفرَ لا يُقبل.

وأمَّا العدالةُ فليستْ بشرطٍ لانعقادِ النِّكاحِ عندنا، حتى تنعقدُ بشهادةِ الفاسقينَ، وعند الشَّافعيِّ شَرطٌ[3].

وهل يقضي القاضي بالنِّكاح بشهادتِهم؟ فعنده لا يقضي على كلِّ حالٍ، وعندنا إنْ كان القاضي تحرَّى الصِّدقَ في شهادتِهم جازَ وإلا فلا، وكانَ للفاسقِ شهادةٌ عندنا في انعقادِ النِّكاحِ، وفي حقِّ صحَّةِ القضاء عند رُجحانِ الصِّدقِ عند القاضي بالتَّحرِّي

---

(١) انظر: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٢/ ٤٠٩)، وحاشية الباجوري على شرح ابن قاسم على متن ابي شجاع (١٢٧٦) (٢/ ١٩١).

(٢) انظر: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٢/ ٤٠٨-٤٠٩)، وحاشية الباجوري على شرح ابن قاسم على متن ابي شجاع (١٢٧٦) (٢/ ١٩٣).

(٣) انظر: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٢/ ٤٠٩)، وحاشية الباجوري على شرح ابن قاسم على متن ابي شجاع (٢/ ١٩٣).

والتَّأمُّلِ في أحوالِه أنَّ[١] مِثلَ هذا الفاسقِ لا[٢] يكذبُ في العادةِ.

وأمَّا المحدودُ في القذفِ:

إنْ كان قبلَ التَّوبةِ وقبلَ إقامةِ الحدِّ فينعقدُ بشهادتِهِ عندنا، خلافًا للشَّافعيِّ[٣].

وإنْ كان بعد التَّوبةِ:

إنْ كان قبلَ إقامةِ الحدِّ عليهم يَنعقدُ النِّكاحُ وتُقبلُ شهادتُهم بلا خلافٍ.

وإنْ كانَ بعدَ إقامةِ الحدِّ فإنَّه ينعقدُ النِّكاحُ بشهادتهم، ولا تُقبلُ شهادتُهم عندنا، وعند الشَّافعيِّ ينعقدُ وتُقبلُ[٤].

وكذا يَنعقدُ النِّكاحُ بشهادةِ اثنينِ[٥] منهما عندنا، خلافًا للشَّافعيِّ[٦].

وأمَّا الأعمى فيَنعقدُ النِّكاحُ بحضرتهم؛ لأنَّهم مِنْ أهلِ الشَّهادةِ، وهل تُقبلُ شهادتُهم؟ عند أبي حنيفةَ ومحمَّدٌ لا تُقبلُ، وقال أبو يوسفَ: إنْ كانَ بصيرًا وقتَ التَّحمُّلِ تُقبلُ شهادتُه وإلا فلا، واللهُ تعالى أعلمُ.

۞ ۞ ۞

---

(١) في «ز»: (لأن).

(٢) في «س» و«أ»: (هل).

(٣) انظر: الأم للشافعي (٧/ ٤٧)، والحاوي الكبير (١٧/ ٢١١-٢١٢)، ونهاية المطلب في دراية المذهب (١٨/ ٦٠٤).

(٤) انظر: الأم للشافعي (٧/ ٤٧)، والحاوي الكبير (١٧/ ٢١١-٢١٢)، ونهاية المطلب في دراية المذهب (١٨/ ٦٠٤).

(٥) في «ز» و«س»: (الابنين).

(٦) انظر: الوسيط (٥/ ٥٣)، وحلية العلماء (٦/ ٣٦٦)، والتهذيب (٥/ ٢٦٣).

باب المهر

الكَلامُ في البابِ في مَواضِعَ:

- في بيانِ كَونِ المَهْرِ شَرْطَ جَوازِ النِّكاحِ.
- وفي بيانِ تَقديرِ المَهْرِ.
- وفي بيانِ ما يَصلُحُ مَهرًا وما لا يَصلُحُ.
- وفي بيانِ ما تَفسُدُ به التَّسميةُ وما يَصِحُّ مَعه التَّسميةُ.
- وفي بيانِ ما يُستَحَقُّ به جَميعُ المَهْرِ وما يَسقُطُ به نِصفُ المَهْرِ.
- وفي بيانِ ما يجبُ عليها مِنَ التَّسليمِ عندَ قَبْضِ المَهْرِ أو تأجيلِهِ.
- وفي بيانِ حُكْمِ الاختلافِ بينَ الزَّوجَينِ في المَهْرِ.
- وفي بيانِ ذِكْرِ المَهْرِ على طريقِ السُّمعَةِ والرِّياءِ والتَّلجِئَةِ.

أما الأول فنقولُ: إنَّ المَهْرَ شَرْطُ جَوازِ النِّكاحِ، حتى لا يَجوزُ النِّكاحُ بِدُونِ المَهْرِ، حتى إنَّ مَنْ تَزَوَّجَ امرأةً بِغَيرِ مَهْرٍ، أو شَرَطَ ألَّا مَهْرَ لها وأجازَتِ المَرأَةُ، فإنَّ النِّكاحَ يَنعَقِدُ ويَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ عندَ أصحابِنا.

وعندَ الشافعيِّ النِّكاحُ جائِزٌ بِغَيرِ مَهْرٍ(١).

والصَّحيحُ قَوْلُنا، لقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُم﴾ [النساء: ٢٤]، فالله تعالى أَحَلَّ النِّكاحَ بِشَرْطِ المالِ، فلا يَكونُ مَشروعًا بِدُونِه، فإذا

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (٩/ ٣٩٣)، وعجالة المحتاج إلى توجيه المنهاج (٣/ ١٢٩٢).

نَفى المَهْرَ وَشَرَطَ خُلُوَّ النِّكاحِ عَنِ المَهْرِ فقَد شَرَطَ شرطًا فاسِدًا، والنِّكاحُ لا يَبطُلُ بِالشَّرْطِ الفاسِدِ، فيَصِحُّ النِّكاحُ ويَبطُلُ الشَّرطُ فَيَجِبُ العِوَضُ الأصليُّ وهو مَهْرُ المِثْلِ، وحُكْمُ كَيفيَّةِ وجوبِ مَهْرِ المِثلِ والمُتعَةِ يُذكَرُ في مَوضِعِه إنْ شاءَ اللهُ تعالى.

وأما بيانُ تَقدير المَهْرِ:

فَعِندَنا المَهْرُ مُقَدَّرٌ وأدناه عَشَرَةُ دراهِمَ فِضَّةٍ، أو دينارُ ذَهَبٍ خالِصٍ.

وقال الشافعيُّ: المَهْرُ غَيرُ مُقَدَّرٍ، والقليلُ والكثيرُ فيه سَواءٌ(١).

والصحيحُ قولُنا، لقوله تعالى: ﴿قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِيٓ أَزْوَٰجِهِمْ﴾ [الأحزاب: ٥٠] أي: قَدَّرْنا.

وإذا ثَبَتَ هذا قُلنا: إنَّ أَقَلَّ مِقدارِ المَهْرِ عَشَرَةٌ، فإذا سَمَّى أَقَلَّ مِنْ عَشَرَةٍ هل تَصِحُّ التَّسميَةُ؟

- فَعِندَ أصحابِنا الثلاثةِ تَصِحُّ التَّسميةُ ويُكمِلُ المَهْرَ عَشَرَةَ دراهِمَ.
- وعلى قول زُفَرَ: يجبُ مَهْرُ المِثلِ ولا تَصِحُّ التَّسميةُ.

والصحيحُ قولُنا، وهو أنَّ التَّقديرَ حَقُّ الشَّرعِ، فَمَتى قَدَّرا بأَقَلَّ مِنْ عَشَرَةٍ فَقَد أسقَطا حَقَّ أنفسِهما وَرَضيا بالأقلِّ، فلا يَصِحُّ في حَقِّ الشَّرعِ ويَجِبُ أدنى المقادير وهي العَشَرَةُ.

وأما بيانُ ما يَصلُحُ مَهرًا وما لا يَصلُحُ فَنَقولُ:

المَهْرُ ما يَكونُ مالًا مُتَقَوَّمًا عندَ الناسِ، فإذا سَمَّيا ما هو مالٌ تَصِحُّ التَّسميةُ وما لا فلا، فإذا تَزَوَّجَ امرأةً على ما هو مالٌ مُطلَقٌ كالنُّقودِ والأعيانِ صَحَّتِ التَّسميةُ، وإذا تَزَوَّجَ على منافعِ الأعيانِ كالدُّورِ والعَقارِ والحَيَوانِ جازَ، لأنَّها مالٌ مُتَقَوَّمٌ عندَ الناسِ.

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (٩/ ٣٩٧)، والبيان في مذهب الإمام الشافعي (٩/ ٣٦٩).

وإذا تَزَوَّجَ على منافعِ الحُرِّ لا يَجوزُ بأَنْ زَوَّجَتْ نَفسَها مِنْ رَجُلٍ على أنْ يَخدِمَها سَنَةً أو يرعى إِبِلَها أو غَنَمَها سَنَةً، لأنَّ منافعَ الحُرِّ ليسَتْ بِمالٍ، وإنَّما يجوزُ عقدُ الإجارةِ علَيها ويَتَقَوَّمُ باتفاقِ العاقدَين بِطَرِيقِ الضَّرورَةِ، ولا ضَرورَةَ في النِّكاحِ.

وعنِ ابنِ سِمَاعَةَ عنْ محمدٍ أنَّه إذا تَزَوَّجَها على أنْ يَرعى غَنَمَها سَنَةً جازَ، فَتكونُ في المَسألَةِ روايتانِ.

وإذا لم تَصِحَّ التَّسميةُ ما حُكمُها؟

قالَ أبو حنيفةَ وأبو يوسفَ: لها مَهْرُ مِثلِها؛ لأنَّ التَّسميةَ لم تَصِحَّ.

وقالَ محمدٌ: لها قيمَةُ خِدمَتِها سَنَةً؛ لأنَّ التَّسميةَ قد صَحَّتْ لكنْ تَعَذَّرَ التَّسليمُ علَيه، لأنَّه لا يَجوزُ لها استِخدامُه بل علَيها خِدمَةُ الزَّوجِ، فتَجِبُ قيمةُ الخِدمَةِ، كما لو تَزَوَّجَ على عبدٍ فاستَحَقَّ تَجِبُ قيمَتُه لا مَهرُ المِثلِ، كذا هذا، حتى إنَّ رَعْيَ الغَنَمِ والعَمَلَ خارجَ البيتِ لمَّا لم يَكُنْ مِنْ بابِ الاستخدامِ صَحَّتِ التَّسميةُ.

ولو تَزَوَّجَ امرأةً على خَمْرٍ أو خِنزيرٍ، أو على طَلاقِ ضَرَّتِها، أو على العَفوِ عنِ القِصاصِ، أو على ألَّا يُخرِجَها مِنْ بَلَدِها ونحوِ ذلك، فالنِّكاحُ صحيحٌ وبَطَلَتِ التَّسميةُ ويَجِبُ مَهْرُ المِثلِ؛ لأنَّ هذه الأشياءَ ليسَتْ بِمالٍ.

ولو جَمَعَ بينَ ما هوَ مالٌ وبينَ ما هو ليس بِمالٍ، لكنْ لها فيه مَنفَعَةٌ، إنْ كانَ شَيئًا يُباحُ لها الانتفاعُ به كَطَلاقِ الضَّرَّةِ والإمساكِ في بَلَدِها ونحوِ ذلك، فإنْ وَفَّى بالمَنفَعَةِ وأوصَلَ إليها فإنَّه لا يَجِبُ إلا المُسمى إذا كانَ عَشَرَةً فَصاعِدًا؛ لأنَّها أسقَطَتْ حَقَّها عن مَهْرِ المِثلِ لِغَرَضٍ صَحيحٍ وقد حَصَلَ.

وإنْ لم يَفِ بِما وَعَدَها إنْ كانَ ما سَمَّى لها مِنَ المالِ مثلَ مَهْرِ المِثلِ أو أكثَرَ فَلا شَيءَ لَها إلا ذلكَ المُسَمَّى.

وإنْ كانَ ما سَمَّى لها أقَلَّ مِنْ مَهْرِ مِثلِها يُكمِلُ لها مَهْرَ مِثلِها عندَنا.

وقال زُفَرُ: إنْ كانَ ما وَعَدَ لها سِوى المُسَمَّى شَيئًا هو مالٌ ـ كما إذا شَرَطَ أنْ يُهديَ لها هَدِيَّةً ـ فَلَمْ يَفِ يُكمِلُ مَهْرَ المِثلِ، وإنْ كانَ شَيئًا ليسَ بِمالٍ فَلَمْ يَفِ فلا يَجِبُ إلا المُسَمَّى.

والصَّحيحُ قَولُنا؛ لأنَّها لَم تَرضَ بإسقاطِ حَقِّها عن كَمالِ مَهْرِ المِثلِ إلا بغرضٍ[١] مَرغوبٍ فيه عندَ الناسِ وحَلالٍ شَرعًا، فإذا لم يَحْصُلِ الغرض يَعودُ حَقُّها إلى المُعَوَّضِ وهو مَهْرُ المِثلِ.

وأما إذا كانَ وَعَدَ لها شَيئًا لا يُباحُ الانتِفاعُ به كالخَمْرِ والخِنزيرِ فإنْ كانَ المَهْرُ المُسَمَّى عَشَرَةً فَصاعِدًا يَجِبُ ذلكَ ويَبطُلُ الحَرامُ، ولا يَجِبُ على الزَّوجِ تكميلُ مَهْرِ المِثلِ؛ لأنَّ الخَمْرَ لا مَنفَعَةَ لِلمُسلِمِ فيها، فلا يَجِبُ لِفَواتِها عِوَضٌ.

وأما بَيانُ ما يَصِحُّ مَعَه التَّسميةُ وما لا يَصِحُّ فَنَقولُ:

التَّسميةُ لا تَصِحُّ معَ الجَهالَةِ الفاحِشَةِ، وتَصِحُّ معَ الجَهالَةِ المُستدرَكَةِ، وبيانُ ذلكَ أنَّ المَهْرَ أنواعٌ ثلاثةٌ:

ـ نَوعٌ هو مَجهولُ الجِنْسِ: وهذهِ الجَهالَةُ تُبطِلُ التَّسميةَ، ويَجِبُ مَهْرُ المِثلِ بالِغًا ما بَلَغَ، وذلكَ أنْ يَتَزَوَّجَ على ثَوبٍ أو دابَّةٍ أو حَيَوانٍ أو دارٍ؛ لأنَّ الثَّوبَ مَجهولُ الجِنْسِ يَقَعُ على الخَزِّ والبَزِّ، وكُلُّ ذلكَ يَنقَسِمُ أنواعًا مُختلِفَةً، وكذلكَ الدَّارُ فإنَّها تَختلِفُ باختلافِ البلدانِ والمَحالِّ والسِّكَكِ، وتَختلِفُ في أنفُسِها مِنْ حَيثُ الصِّغَرُ والكِبَرُ ونحو ذلكَ.

ـ ونَوعٌ هو مَعلومُ الجِنْسِ والنَّوعِ مُختلِفُ الوَصفِ والقَدْرِ، كَما إذا تَزَوَّجَ امرأةً على عَبدٍ أو أَمَةٍ، أو تَزَوَّجَ على فَرَسٍ أو جَمَلٍ أو بَقَرٍ ونحوِ ذلك، وهذا مَعلومُ النَّوعِ

(١) في «أ» و«س»: (بِعوَضٍ).

مُختلِفُ الأوصاف، وحُكمُه أنَّ الزَّوجَ بالخِيارِ، إنْ شاءَ أعطاها الوَسَطَ مِنْ ذلكَ، وإنْ شاءَ أعطاها قِيمَتَه، وتُجبَرُ المَرأَةُ على القَبولِ بِخِلافِ البَيعِ، فإنَّ هذا لا يَصلُحُ ثَمَنًا في بابِ البَيعِ؛ لأنَّ النِّكاحَ يَحتَمِلُ ضَربًا مِنَ الجَهالَةِ، فإنَّه يَجوزُ بِمَهرِ المِثلِ معَ جَهالَتِه، وكُلُّ جَهالَةٍ هي نَظيرُ جَهالَةِ مَهرِ المِثلِ لا تَمنَعُ صِحَّةَ التَّسميةِ، وجَهالَةُ الوَصفِ والقَدْرِ نَظيرُ ذلكَ، وأما البَيعُ فلا يَصِحُّ معه معَ الجَهالَةِ أصلًا.

- ونَوعٌ هو مَعلومُ الجِنْسِ والقَدْرِ والوَصفِ، كما إذا تَزَوَّجَ على مَكيلٍ أو مَوزونٍ مَوصوفٍ في الذِّمَّةِ فإنَّه يَجوزُ، ولا خِيارَ لِلزَّوجِ في ذلك، بل يُجبَرُ الزَّوجُ على دَفعِه إليها، ولا يَجوزُ أنْ يَدفَعَ قيمَةَ ذلكَ إلا بِرِضاها؛ لأنَّ هذا يَثبُتُ دَينًا في الذِّمَّةِ صَحيحًا، ولهذا جازَ البَيعُ به.

فأما إذا تَزَوَّجَ على كُرِّ حِنطَةٍ مُطلَقَةٍ ولم يَصِفْها ذَكَرَ هاهنا وقالَ: إنْ شاءَ الزَّوجُ أعطاها كُرًّا وَسَطًا وإنْ شاءَ أعطاها قيمَتَه، ورَوى الحَسَنُ عن أبي حنيفةَ أنَّه يُجبَرُ الزَّوجُ على تَسليمِ الكُرِّ ولا يَجوزُ له أنْ يَدفَعَ القيمَةَ بِدُونِ رِضاها، وعلى هذا مسائلُ.

وأما بيانُ ما تَستَحِقُّ به جَميعَ المَهرِ وما يَسقُطُ به النِّصفُ فَنَقولُ:

المَهرُ يُستَحَقُّ بِالعَقدِ، ويَتأكَّدُ بالوَطءِ والخَلوَةِ الصَّحيحَةِ ومَوتِ أَحَدِ الزَّوجَينِ.

وهو نَوعانِ: المُسَمَّى وَمَهرُ المِثلِ، فإذا كانَ المَهرُ مُسَمًّى وطَلَّقَ بعدَ الوَطءِ أو بعدَ الخَلوَةِ الصَّحيحَةِ أو وُجِدَ مَوتُ أَحَدِ الزَّوجَينِ فإنَّه يَجِبُ كَمالُ المُسَمَّى، وهذا عندَنا، وقال الشافعيُّ: لا يَتأَكَّدُ بِالخَلوَةِ[1].

ثُم الخَلوَةُ الصَّحيحَةُ ألَّا يَكونَ ثَمَّةَ مانِعٌ مِنْ حَيثُ الحِسِّ أو الشَّرعُ:

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (٩/ ٥٤٠)، والتنبيه في الفقه الشافعي (ص: ١٦٦)، ونهاية المطلب في دراية المذهب (١٣/ ١٧٨).

أما مِنْ حَيثُ الحِسُّ كالمَرَضِ الذي يمنعُ الوَطءَ وَوجودِ ثالِثٍ مَعَهُما في الدَّار، وكَونِ المَرأَةِ رَتْقاءَ، وأما الجَبُّ[١] فلا يَمنَعُ صِحَّةَ الخَلوَةِ عندَ أبي حنيفةَ خِلافًا لهُما، والعُنَّة[٢] لا تَمنَعُ بالإجماعِ.

وأما مِنْ حَيثُ الشَّرْعُ بِأنَ كانَتِ المَرأةُ حائِضًا أو نُفَساءَ أو كانَ أَحَدُهُما صائِمًا صَومَ رَمضانَ أو مُحرِمًا بِحَجَّةٍ فَريضَةٍ أو نَفلٍ، وفي غيرِ رمَضانَ رِوايتان[٣].

وإنْ طَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ يَنتَصِفُ المَهرُ، سَواءٌ كانَ المَهرُ دَينًا أو عَينًا.

ولو زادَ الزَّوجُ على المُسَمَّى ثم طَلَّقَ قبلَ الدُّخولِ، فإنَّه يَنتَصِفُ المُسَمَّى في العَقدِ ولا تَنتَصِفُ الزِّيادَةُ في أشْهَرِ الرِّواياتِ، وعن أبي يوسفَ: أنَّه تَنتَصِفُ الزِّيادَةُ.

وإنْ فَرَضَ القاضي المَهرَ في مَوضِعٍ لا تَسميةَ فيه فَطَلَّقَ قبلَ الدُّخولِ فإنَّه لا يَنتَصِفُ المَفروضُ بعدَ العَقْدِ أيضًا، ورُويَ عن أبي يوسفَ أنَّه يَنتَصِفُ.

وأما مَهْرُ المِثلِ فإنَّه يَتَأكَّدُ أيضًا بما يَتَأكَّدُ به المُسَمَّى مِنَ المَوتِ والدُّخولِ والخَلوَةِ، وإذا طَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ فإنَّه لا يَنتَصِفُ مَهْرُ المِثلِ عندَنا خِلافًا للشافعيِّ[٤].

ولكنْ تَجِبُ المُتعَةُ، وهي ثلاثةُ أثوابٍ، دِرعٍ وخِمارٍ ومِلحَفَةٍ، ويُعتبَرُ فيها حالُ الزَّوجِ كَما في النَّفَقَةِ، وهو الصَّحيحُ، وفي مَهْرِ المِثلِ يُعتبَرُ حالُها.

---

(١) الجبُّ: القطع، والمجبوب: الخصيُّ الذي قد استؤصل ذكره وخصياه، انظر «لسان العرب» (جبب).

(٢) العُنَّة: عجز يصيب الرجل فلا يقدر على الجماع، انظر «القاموس الفقهي» (عنَّ).

(٣) الأصح أن صوم التطوع والمنذور والكفارات والقضاء لا يمنع صحة الخلوة لعدم وجوب الكفارة بإفساده، انظر «حاشية ابن عابدين» (٣/ ١١٦).

(٤) انظر: اللباب في الفقه الشافعي (ص: ٣٢٠).

[متعة الطلاق]

والمُتعَةُ نوعانِ: واجبةٌ ومُستحبَّةٌ.

فالواجِبَةُ لا تكونُ إلا لِمُطَلَّقَةٍ واحدَةٍ، وهي التي طَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ في نِكاحٍ لا تَسميةَ فيه.

وأما المُستحبَّةُ فهي ثابتةٌ لكُلِّ مُطَلَّقَةٍ لم تستَحِقَّ بِالطَّلاقِ جَميعَ المَهْرِ ولا نِصفَه، إلا أنْ تكونَ الفُرقَةُ مِنْ قِبَلِ المرأةِ، فإنَّها لا تُستَحَبُّ المُتعَةُ فيها، مَدخولًا بها أو لم تكُنْ؛ لأنَّها خانَته فكَيفَ يُستَحَبُّ الإحسانُ في حَقِّها.

وأما بيانُ ما يجبُ عليها مِنْ تَسليمِ النَّفسِ وما لها مِنَ المَنعِ فنقولُ:

إنَّ تَسليمَ النَّفسِ بِمُقابَلَةِ تَسليمِ المَهْرِ، فَقَبلَ تَسليمِ المَهْرِ إليها لها أنْ تَمنَعَ نَفسَها مِنَ الزَّوجِ، ولها أنْ تُسافِرَ وتَذهَبَ حيثُ شاءتْ بغَيرِ إذنِ الزَّوجِ.

وإنْ سَلَّمَ المَهْرَ إليها فَلَه أنْ يُطالِبَها بِتَسليمِ النَّفسِ إليهِ والدُّخولِ في بَيتِه والتَّمكينِ مِنَ الاستمتاعِ بها، ولا يَجوزُ لها أنْ تَخرُجَ مِنْ بَيتِ الزَّوجِ إلا بإذنِه، لا إلى السَّفَرِ ولا إلى زيارةِ الأبوَينِ ولا إلى قَضاءِ حاجَتِهِما إلا لسَفَرِ الحجِّ إذا كانَ علَيها حَجَّةُ الإسلامِ وَوَجَدَتْ مَحرَمًا، وإنْ بَقيَ مِنَ المَهْرِ درهَمٌ على الزَّوجِ فَلَها حَقُّ المَنعِ، ولها أنْ تَخرُجَ مِنْ مِصرِها، هذا إذا كانَ المَهرُ حالًّا.

فأما إذا كانَ المَهْرُ مُؤَجَّلًا إلى أجَلٍ مَعلومٍ، يَجِبُ علَيها تَسليمُ النَّفسِ للحالِ عندَ أبي حنيفةَ ومحمدٍ؛ لأنَّها رَضِيَتْ بإسقاطِ حَقِّها فَلَم يَسْقُطْ حَقُّ الزَّوجِ بِدُونِ رِضاه.

وقالَ أبو يوسفَ آخِرًا: لها أنْ تَمنَعَ نَفسَها للمؤَجَّلِ؛ لأنَّ حَقَّ الاستِمتاعِ بها بِمُقابَلَةِ تَسليمِ المَهْرِ، فَمَتى طَلَبَ تأجيلَ المَهْرِ فَقَدْ رَضِيَ بِتأخيرِ حَقِّه في الاستِمتاعِ.

ولو كانَ مؤَجَّلًا إلى أجَلٍ غيرِ مَعلوم، كما إذا أَجَّلَ إلى المَيسَرَةِ، أو قالَ: «أتزَوَّجُكِ على ألفٍ مؤَجَّلَةٍ»، فإنَّه يَثبُتُ المَهْرُ حالًّا ويَبطُلُ الأَجَلُ.

ولو كانَ بعضُه حالًّا وبعضُه مؤَجَّلًا أجَلًا مَعلومًا وسَلَّمَ المُعَجَّلَ فلَيسَ لها أنْ تَمنَعَ نَفسَها بالإجماعِ؛ أما عندَهُما فلِأنَّ الزَّوجَ ما رَضِيَ بإسقاطِ حَقِّه، وأما عندَ أبي يوسفَ فلِأنَّه لمَّا عَجَّلَ البَعضَ فَلَم يَرضَ بتأخيرِ حَقِّه في الاستِمتاعِ، فَلَو لم يَدخُلْ بها الزَّوجُ حتى حَلَّ أجَلُ الباقي فكذلكَ الجوابُ لِما قُلنا.

فأما إذا كانَ الكُلُّ مؤَجَّلًا وشَرَطَ أنْ يَدخُلَ بها قبلَ أنْ يُعطِيَها فَلَه ذلكَ عندَ أبي يوسفَ أيضًا؛ لأنَّه لمَّا شَرَطَ الدُّخولَ لم يَرضَ بتأخيرِ حَقِّه في الاستِمتاعِ.

ولو مَكَّنَتِ المَرأةُ بِرِضاها حتى وَطِئَها قبلَ تسليمِ المَهْرِ إليها، وقدْ تزَوَّجَها مِنْ غيرِ أجَلٍ، ثُم أرادَتْ أنْ تَمنَعَ نَفسَها بعدَ ذلكَ فَلَها ذلكَ عندَ أبي حنيفةَ.

وقالَ أبو يوسفَ ومحمدٌ: ليسَ لها ذلكَ، فَهُما يقولانِ: التَّسليمُ الصَّحيحُ قد وُجِدَ حتى يَتأَكَّدُ المَهْرُ، فلا يَكونُ لها حَقُّ الامتناعِ[1]، كما في البَيعِ إذا سَلَّمَ المَبيعَ قبلَ قَبْضِ الثَّمَنِ صَحَّ، وليسَ له حَقُّ الرُّجوعِ، كذا هذا.

وأبو حنيفةَ يقولُ: إنَّ المَهْرَ مُقابَلٌ بالاستِمتاعِ في جَميعِ العُمُرِ لا بِمُجَرَّدِ تَسليمِ النَّفسِ، بِدَليلِ أنَّها لو انتَقَلَتْ إلى بيتِ الزَّوجِ كانَ لها حَقُّ المَنعِ ما لم تَقبِضِ المَهْرَ وقد وُجِدَ تَسليمُ بعضِ المَنفَعَةِ، فكانَ لها حَقُّ مَنعِ الباقي كما في الإجارَةِ المُطلَقَةِ إذا سَلَّمَ الدَّارَ أو النَّفسَ قبلَ قَبْضِ الأُجرَةِ كُلِّها، كانَ له حَقُّ المَنعِ مِنْ بعدِ ذلكَ في حَقِّ ما لم يَقبِضْ، كذا هذا.

(١) في «أ»: (الاسترجاع).

وأما بيانُ اختلافِ الزَّوجَينِ في المَهرِ فنَقولُ:

إذا اختلَفَ الزَّوجانِ في مِقدارِ المَهْرِ فقالَ الزَّوجُ: «تزَوَّجتُها على ألفِ درهمٍ»، وقالَتِ المَرأةُ «على ألفَينِ»:

فإنْ كانَ لأحَدِهما بَيِّنَةٌ قُبِلَتْ بَيِّنَتُه، ولا يُقبَلُ قَولُ الآخَرِ.

وإنْ كانَ لَهُما بَيِّنَةٌ فَبَيِّنَةُ المَرأةِ أولى؛ لأنَّها أكثَرُ إثباتًا.

وإنْ لم يَكُنْ لَهُما بَيِّنَةٌ تَحالَفا، ويُبدَأُ بِيَمينِ الزَّوجِ، فإنْ نَكَلَ يُقضى عليه بِما تَدَّعيه المَرأةُ، وإنْ حَلَفَ تُحَلَّفُ المَرأةُ، فإنْ نكَلَتْ يُقضى عليها بِما يَدَّعيه الزَّوجُ، وإنْ حَلَفَتْ يَسقُطُ اعتبارُ التَّسميَةِ بِالحَلِفِ، ويُحكَمُ بِمَهرِ المِثلِ الذي هو العِوَضُ الأصليُّ، فإنْ كانَ مَهرُ مِثلِها مِثلَما قالَ الزَّوجُ أو أقَلَّ فلَها ما قالَ الزَّوجُ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ شاهِدٌ لَه، وإنْ كانَ مِثلَ ما ادَّعَتِ المَرأةُ أو أكثَرَ فَلَها ما ادَّعَتْ، وإنْ كانَ مَهرُ مِثلِها فوقَ ما قالَ الزَّوجُ وَدونَ ما ادَّعَتْ فَلَها مَهرُ مِثلِها.

وقالَ أبو يوسفَ: القَولُ قَولُ الزَّوجِ إلا أنْ يأتِيَ بِشَيءٍ مُستنكَرٍ جدًّا؛ لأنَّه مُنكِرٌ إلا إذا خالَفَه الظَّاهِرُ، وتَفسيرُ المُستَنكَرِ في رِوايةٍ أنْ يَكونَ أقَلَّ مِن عَشَرَةِ دراهمَ، وفي رِوايةٍ أنْ يَذكُرَ شَيئًا لا تتَزَوَّجُ مِثلُ تلكَ المَرأةِ عليه وهو الأصَحُّ؛ لأنَّ المَهرَ في الشَّرعِ لا يَكونُ أقَلَّ من عشَرَةِ دراهمَ.

وذَكَرَ أبو الحسنِ التَّحالُفَ في الفُصولِ الثلاثةِ.

وعن أبي بَكرٍ الرَّازيِّ أنَّ التَّحالُفَ يَكونُ في فَصلٍ واحِدٍ، وهو ما إذا لم يَشهَدْ مَهرَ المِثلِ لِدعواهُما، فأما إذا كانَ مَهرُ المِثلِ مِثلَما يَدَّعيه أحَدُهُما فالظَّاهِرُ شاهِدٌ لَه، فلا حاجَةَ إلى التَّحالُفِ.

والصَّحيحُ ما قالَه أبو الحسنِ؛ لأنَّ مَهرَ المِثلِ لا يُعتبَرُ عندَ وُجودِ التَّسميَةِ، فلا يَسقُطُ اعتبارُ التَّسميَةِ إلا بِالحَلِفِ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ لا يَكونُ حُجَّةً على الغَيرِ.

وعلى هذا الخِلافِ إذا قالَ الزَّوجُ: «تزَوَّجتُكِ على هذا العَبدِ»، وقالَت المَرأةُ: «على هذهِ الجاريَةِ»، إلا في فَصلٍ واحدٍ، وهو أنَّه إذا كانَ مَهرُ مِثلِها مِثلَ قيمَةِ الجاريَةِ أو أكثَرَ فَلَها قيمَةُ الجاريَةِ لا عَينُها؛ لأنَّ تَمليكَ الجاريَةِ لا يَكونُ إلا بالتَّراضي، ولم يَتَّفِقا عليه فيَجِبُ القَضاءُ بِقيمَتِها.

وعلى هذا الأصلِ إذا اختَلَفا في طعامٍ بِعَينِه، فقالَ الزَّوجُ: «شَرَطْتُ أنَّه كُرٌّ»، وقالت المَرأةُ: «شَرَطْتُ أنَّه كُرَّانِ»؛ لأنَّ القَدْرَ مَعقودٌ عليه في الطَّعامِ المُعَيَّنِ بِخِلافِ القَدْرِ في الثَّوبِ المُعَيَّنِ، فإنَّه بِمَنزِلَةِ الصِّفَةِ، والاختلافُ في مِقدارِ ما يَتَعَلَّقُ العَقْدُ على قَدْرِه، فإنَّه يُوجِبُ التَّحالُفَ، فأما الاختلافُ في الصِّفَةِ في في المبيع المعيَّن فَلا.

وأما الزَّرعُ والكَيلُ والصِّفَةُ إذا كانَ في الذِّمَّةِ فَهو مَعقُودٌ عليها، فإذا اختَلَفا فيها تَحالَفا.

وعلى هذا أيضًا إذا ادَّعى أحَدُهُما ألفَ درهمٍ والآخَرُ مِئَةَ دينارٍ، فَهو مِثلُ الألفِ والألفَينِ، يَعني أنَّ مَهرَ مِثلِها إنْ كانَ مِثلَ مِئةِ دينارٍ أو أكثَرَ فَلَها المِئَةُ دينارٍ؛ لأنَّ مَهرَ المِثلِ يُقضى به مِنْ جِنْسِ الدراهمِ والدَّنانيرِ، فَجازَ أنْ تَستَحِقَّ المِئَةَ دينارٍ مِنْ غيرِ تَراضٍ، بِخِلافِ العَبدِ والجاريَةِ لِما ذكَرْنا.

ولو طَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ بها فَلَها نِصفُ الألفِ في مَسألَةِ الألفِ والألفَينِ بالاتفاقِ؛ لأنَّ مَهْرَ المِثلِ لا يَجِبُ في الطَّلاقِ قبلَ الدُّخولِ، ولا يُمكِنُ التَّحكيمُ به، فيَجِبُ المُتيَقَّنُ به، وهو نِصفُ الألفِ.

وفي مَسألَةِ الجاريَةِ والعَبدِ لها المُتعَةُ، إلا أنْ تَرضى أنْ تأخُذَ نِصفَ العبد[1]؛

---

(١) في «أ»: (الجارية).

لأنَّهما لم يَتَّفِقا على تَسميَةِ أحَدِهما، فَلَمْ يُمكِنِ القَضاءُ بِنصفِ الأقَلِّ إلا باختِيارِهِما، بِخِلافِ الألفِ والألفَينِ.

وأما إذا كانَ المَهْرُ دَينًا فاختَلَفا في جِنْسِه أو صِفَتِه أو نَوعِه فهو كالاختلافِ في العَبدَينِ؛ لأنَّ كُلَّ واحِدٍ مِنَ الجِنسَينِ لا يُملَكُ إلا بالتَّراضي فهوَ كالاختلافِ في العَبدَينِ. واللهُ أعلمُ.

وأما بيانُ التَّلجِئَةِ في المَهْرِ فَنَقُولُ:

التَّلجِئَةُ والهَزْلُ إما أنْ يَكونَ في نَفْسِ النِّكاحِ أو في مِقدارِ المَهْرِ أو في جِنْسِ المَهْرِ.

أما في نَفْسِ النِّكاحِ فَلا تَصِحُّ التَّلجِئَةُ ويَصِحُّ النِّكاحُ، وصُورَتُه: إذا تَواضَعا في السِّرِّ على أنْ يُظهِرا النِّكاحَ رِياءً وسُمعَةً، ولا يَكونَ بَينَهُما نِكاحٌ حَقيقَةً، فَأَظهَرا عَقْدَ النِّكاحِ بِشَرائِطِه عندَ النَّاسِ، فإنَّ النِّكاحَ صَحيحٌ وإنْ ثَبَتا على المُواضَعَةِ؛ لأنَّ النِّكاحَ لا يَفسُدُ معَ الهَزْلِ لِقولِه ﷺ: «ثَلَاثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ: العَتَاقُ وَالطَّلَاقُ وَالنِّكَاحُ»(١)،

---

(١) أخرجه الطبراني في «المعجم الكبير» (٧٨٠)، من حديث فَضالة بن عُبَيد رضي الله عنه بلفظ: «ثَلَاثٌ لَا يَجُوزُ اللَّعِبُ فِيهِنَّ: الطَّلَاقُ، وَالنِّكَاحُ، وَالْعِتْقُ»، قال ابن حجرٍ: «وفيه ابن لَهِيعة». [واختُلف في حاله؛ قيل: صدوقٌ، وقيل: ضعيفٌ].

وأخرجه الحارث بن أبي أسامة في «مسنده» (٥٠٣)، عن عُبادة بن الصامت رضي الله عنه، رفعه: «لَا يَجُوزُ اللَّعِبُ فِي ثَلَاثٍ: الطَّلَاقُ، وَالنِّكَاحُ، وَالْعَتَاقُ، فَمَنْ قَالَهُنَّ فَقَدْ وَجَبْنَ»، قال ابن حجرٍ: «وهذا منقطع».

وأخرج عبد الرزاق في «المصنف» (١٠٢٤٩) عن أبي ذر رضي الله عنه، رفعه «مَنْ طَلَّقَ، وَهُوَ لَاعِبٌ فَطَلَاقُهُ جَائِزٌ، وَمَنْ أَعْتَقَ وَهُوَ لَاعِبٌ فَعَتَاقُهُ جَائِزٌ، وَمَنْ أَنْكَحَ وَهُوَ لَاعِبٌ فَنِكَاحُهُ جَائِزٌ»، قال ابن حجرٍ: «وهو منقطع».

وفي الباب أثران أخرجهما عبد الرزاق أيضا عن علي، وعمر رضي الله عنهما أنهما قالا: «ثَلَاثٌ لَا لَعِبَ فِيهِنَّ: النِّكَاحُ، وَالطَّلَاقُ، وَالْعَتَاقُ»، وفي رواية عنهما: «أَرْبَعٌ»، وزاد: «النذر». =

وأما إذا كانَ الهَزْلُ في مِقدارِ المَهْرِ، بِأنِ اتَّفَقا في السِّرِّ على أنْ يَكونَ المَهْرُ مِئَةً، ويُظهِرا مِئَتَي درهمٍ، فَتَزَوَّجا على مِئَتَي درهمٍ ظاهِرًا، فَعَنْ أبي حنيفةَ رِوايتانِ:

في رِوايةٍ: المَهْرُ ما أظهَراه، وما ذَكَراه في الباطِنِ لا يُعتبَرُ؛ لأنَّ المَهْرَ تابعُ النّكاحِ، وأنّه يَصِحُّ معَ الهَزْلِ، فكَذا المَهْرُ.

وفي رِوايةٍ: المَهْرُ مِئَةٌ، ولا يَصِحُّ معَ الهَزلِ، وهو قَولُ أبي يوسفَ ومحمدٍ.

وأما إذا كانَ الهَزْلُ في الجِنْسِ بِأَنْ تَواضَعا على أنْ يَكونَ المَهْرُ ألفَ درهمٍ، ولكن أَظهَرا مِئَةَ دِينارٍ سُمعَةً وَرِياءً، وعَقَدا على مِئَةِ دينارٍ، في رِوايَةٍ لها مَهْرُ المِثلِ، وفي رِوايةٍ لها مِئَةُ دينارٍ.

ولو تَزَوَّجَها تَزويجًا باتًّا قاطِعًا في السِّرِّ على مَهْرٍ مُسَمًّى، ثُم أظهَرا غيرَ ذلكَ في العَلانيَةِ، لم يُعتبَرِ الظَّاهِرُ، لأنَّ النّكاحَ قدِ انعَقَدَ في السِّرِّ حَقيقَةً، فلا يَكونُ الظَّاهِرُ مُعتَبرًا.

ولو تَواضَعا على أنْ يُقِرَّا بِالنّكاحِ فَأَقَرَّا بذلكَ ولم يَكُنْ بَينَهُما نِكاحٌ لم يَلزَمْهُما النّكاحُ؛ لأنَّ الإقرارَ إخبارٌ، فلا يَصِحُّ معَ الهَزْلِ، كما لا يَصِحُّ معَ الإكراهِ، والله تعالى أعلمُ.

❁ ❁ ❁

= وعن أبي هريرة ﵁، أن رسول الله ﷺ قال: «ثَلاثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ، وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ: النّكَاحُ، وَالطَّلاقُ، وَالرَّجْعَةُ»، أخرجه أبو داود (٢/ ٢٥٩، رقم: ٢١٩٤) والترمذي (٣/ ٤٨٢، رقم: ١١٨٤)، وقال: «هذا حديثٌ حسنٌ غريبٌ والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم»، انظر «نصب الراية» (٣/ ٢٤٩)، «التلخيص الحبير» (٣/ ٤٢٣).

بابُ الوليّ

الوِلايَةُ في النِّكاحِ نَوعانِ:

أحدُهُما: في حَقِّ الصِّغارِ والصَّغائِرِ ومَنْ كانَ في مَعناهُم مِنَ البالِغينَ وهُمُ المَجانينُ.

والثاني: في حَقِّ البالِغاتِ العاقِلاتِ.

أما الأولُ: فَلا خِلافَ أنَّ وِلايَةَ النِّكاحِ ثابتَةٌ لِلوالِدِينَ والمَولودِينَ في حَقِّهم وِلايَةَ الاستِبدادِ، حتى يَجوزُ نِكاحُهُم في حَقِّ جَميعِ الأحكامِ، ولا يَثبُتُ الخِيارُ بعدَ البُلوغِ استِحسانًا.

ثُم إنَّما يَجوزُ النِّكاحُ مِنَ الأبِ والجَدِّ إذا زَوَّجا مِنْ كُفُؤٍ بِمَهرِ المِثلِ، فأما إذا زَوَّجا مِنْ غيرِ كُفُؤٍ وبِمَهرٍ قاصِرٍ يَجوزُ عندَ أبي حنيفةَ، وعندَهُما لا يَجوزُ.

ثُم إذا اجتَمَعَ الأبُ والابنُ في حَقِّ الكَبيرَةِ المَجنونَةِ:

ـ قالَ أبو حنيفةَ: الابنُ أولى، فإنَّ الابنَ أقرَبُ العَصَباتِ.

ـ وقالَ محمدٌ: الأبُ أولى؛ لأنَّه أولى بِالتَّصَرُّفِ في مالِها، فَكَذا في نَفسِها.

ـ وعن أبي يوسفَ رِوايتانِ، في رِوايةِ محمدٍ عنه الابنُ أولى، وفي رِوايَةِ المُعَلّى عنه أيُّهُما زَوَّجَ جازَ، وإذا اجتَمَعا فَينبَغي للابنِ أنْ يُفَوِّضَ التَّزويجَ إلى الأبِ تَعظيمًا له.

ثُم بعدَ الوالِدِينَ والمَولودِينَ تَثبُتُ الوِلايَةُ لِلعَصَباتِ الأقرَبِ فَالأقرَبِ عندَنا.

وقالَ الشافعيُّ: لا تَثبُتُ لِغيرِ الأبِ والجَدِّ، ولكنْ تَثبُتُ للإمامِ والقاضي[1].

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (٩/ ٩٢)، وبحر المذهب للروياني (٩/ ٩٠).

وإذا جازَ النِّكاحُ عندَنا يَثْبُتُ الخِيارُ للصَّغيرِ والصَّغيرَةِ بعدَ البُلوغِ عندَ أبي حنيفةَ ومحمدٍ، وعندَ أبي يوسفَ لا يَثْبُتُ الخِيارُ.

وإذا ثَبَتَ لَهُما الخِيارُ فإن اختارَ الفُرقَةَ يَكونُ فَسخًا حتى لا يَجِبُ المَهْرُ قبلَ الدُّخولِ، ولا يَصِحُّ ذلك إلا بِقَضاءِ القاضي، بِخِلافِ خِيارِ المُعتَقَةِ حيثُ يَكونُ فَسخًا بِغَيرِ قضاءِ القاضي.

وأما السُّلطان أو القاضي إذا زَوَّجَ الصَّغيرَ والصَّغيرَةَ في حالةِ الوِلايَةِ فَلَهُما الخِيارُ على قياسِ ظاهرِ الرِّوايةِ، فإنَّه قالَ: إذا زَوَّجَهُما غيرُ الأبِ والجَدِّ فَلَهُما الخِيارُ.

وروى خَالدُ بنُ صَبيحٍ المَروَزيُّ[1] عن أبي حنيفةَ أنَّه لا خِيارَ لَهُما.

وقال محمدٌ: لا خِيارَ لَهُما.

وإنِ اختارَا النِّكاحَ بَطَلَ الخِيارُ، فأما إذا سَكَتا فإنْ كانَتْ بِكرًا صَغيرَةً فَسُكوتُها عَقيبَ بُلوغِها يَكونُ رِضًا، ويَسقُطُ خِيارُها، عَلِمَتْ بِالخِيارِ أو لمْ تَعلَمْ، بِخِلافِ خِيارِ المُعتقَةِ أنَّه لا يَسقُطُ بِدُونِ العِلمِ.

وإنْ كانَتْ ثَيِّبًا لم يَبطُلْ خِيارُها إلا بالقَولِ أو الفِعلِ الذي يَدُلُّ على الرِّضا، وهو التَّمكينُ مِنَ الاستِمتاعِ بها أو المُطالَبَةِ بالمَهْرِ أو النَّفَقَةِ ونحوِ ذلك.

وأما في الغُلامِ، البِكرُ والثَّيِّبُ سَواءٌ، لا يَبطُلُ خِيارُه بالسُّكوتِ، بل يَشتَرِطُ الرِّضا

(١) هو خالد بن صبيح المروزي، روى عنه هشام بن عبدالله الرازي عن أبي حنيفة المسألة المذكورة هنا، ذكره في المبسوط وغيره، وقال الذهبي في الميزان: خالد بن صبيح الفقيه عن إسمعيل بن رافع قال أبو حاتم: صدوق وقد ذكره ابن حبان في ذيله على الضعفاء هكذا قال أبو العباس النسائي قال: والقول قول أبي حاتم، انظر «الجواهر المضية» (١/ ٢٢٩) و«الطبقات السنية» (١/ ٢٦٧).

صَريحًا أو دَلالَةَ الفِعلِ، كما في الصَّغيرِ والثَّيِّبِ، هذا الذي ذكرْنا إذا كانَ الأقرَبُ حاضِرًا أو غائِبًا غَيبَةً غيرَ مُنقَطِعَةٍ.

فأما إذا كانَ غائِبًا غَيبَةً مُنقَطِعَةً تَنتَقِلُ الوِلايةُ إلى الأبعدِ عندَنا، خِلافًا لزُفَرَ، وعندَ الشافعيِّ تَنتَقِلُ إلى السُّلطانِ(١).

واختلَفَتِ الرِّوايةُ في تفسيرِ الغَيبَةِ المُنقَطِعَةِ:

- رُوِيَ عن محمدٍ ما بينَ الكوفَةِ والرَّيِّ.

- وعن أبي يوسفَ ما بينَ بغدادَ والرَّيِّ.

- وقال محمدُ بنُ شُجاعٍ: إنْ كانَ غائِبًا في مَوضِعٍ لا تَصِلُ إليه القوافِلُ والرُّسُلُ في السَّنَةِ إلا مرةً واحدةً فهو غَيبَةٌ مُنقَطِعَةٌ، وإلا فلا.

- وعن الشيخِ الإمامِ أبي بَكرٍ محمدِ بنِ الفضلِ البُخاريِّ أنَّه قالَ: إنْ كانَ في موضِعٍ لا يَنتَظِرُ الخاطِبُ حُضورَه وبُلوغَ إذنِه تكونُ مُنقَطِعَةً، وإلا فلا(٢).

ثُم إذا لم يَكُنْ واحِدٌ مِنَ العَصَباتِ ولكنْ مِنْ ذَوي الأرحامِ الذينَ يَرِثونَ مِنَ الرِّجالِ والنِّساءِ، فإنَّ لهم وِلايَةَ التَّزويجِ، الأقرَبُ فالأقرَبُ أولى كالأمِّ والعَمَّةِ والخالِ والخالَةِ، وهو المَشهورُ مِنَ الرِّوايَةِ عن أبي حنيفةَ رَواها أبو يوسفَ ومحمدٌ.

وروى الحسنُ عن أبي حنيفةَ أنَّه لا يُزَوِّجُ الصَّغيرَةَ إلا العَصَبَةُ، وهو قَولُ أبي يوسفَ ومحمدٍ.

---

(١) انظر: مختصر المزني (٨/ ٢٦٦)، والحاوي الكبير (٩/ ١١٠-١١١)، والبيان في مذهب الإمام الشافعي (٩/ ١٧٦).

(٢) الأكثر على أن حدَّ الغيبة المنقطعة هي مسافة القصر وعليه الفتوى، وقال في «الذخيرة» الأصح أنه إذا كان في موضع لو انتظر حضوره أو استطلاع رأيه فات الكفء الذي حضر فالغيبة منقطعة وإليه أشار في الكتاب، انظر «حاشية ابن عابدين» (٣/ ٧١).

ثُم إذا عُدِمَ الأولياءُ على القَولَينِ فَتنتَقِلُ الوِلايةُ إلى السُّلطانِ، ونائبُه القاضي، ثُم مَولى العَتاقَةِ آخِرُ العَصَباتِ، وهو أولى مِنْ ذَوي الأرحامِ بِلا خِلافٍ.

وأما مَولى الموالاةِ يُزَوِّجُ عندَ أبي حنيفةَ عندَ عَدَمِ العَصَبةِ وَعَدَمِ الوَرَثَةِ؛ لأنَّه آخِرُ الوَرَثَةِ، وعلى قَولِهِما لا يُزَوِّجُ؛ لأنَّه ليسَ بِعَصَبَةٍ.

وأما النَّوع الثاني: وهوَ في حَقِّ الكبيرةِ العاقلَةِ:

قالَ أبو حنيفةَ وزُفَرُ: وليسَ لأحَدٍ عليها وِلايةٌ بِطَرِيقِ الحَتمِ، وإنَّما تَثبُتُ عليها الوِلايةُ بِطَرِيقِ النَّدبِ والاستِحبابِ، وهو قَولُ أبي يوسفَ الأولُ، حتى إنَّ المَرأةَ العاقِلَةَ إذا زَوَّجَتْ نَفسَها مِنْ كُفُؤٍ بِمَهرٍ وافِرٍ فإنَّه يَجوزُ، وليسَ للأولياءِ حَقُّ الفَسخِ، وإذا زَوَّجَتْ مِنْ غيرِ كُفُؤٍ، لَهُم حَقُّ الفَسخِ، وإذا قَصَّرَتْ عن مَهرِ مِثلِها كانَ للأولياءِ حَقُّ الفَسخِ عندَ أبي حنيفةَ.

وقالا والشافعيُّ: ليسَ لهم وِلايةُ الفَسخِ[١]، وإنَّما يُتَصَوَّرُ الخِلافُ عندَهُما إذا أَذِنَ الوَليُّ لها بالتَّزويجِ، وعندَ الشافعيِّ إذا أذنَ الوَليُّ لِرَجُلٍ بأنْ يُزَوِّجَها فَزَوَّجَها بالمَهرِ القاصرِ.

وقالَ أبو يوسفَ ومحمدٌ والشافعيُّ: بأنَّ لهم وِلايةَ التَّزويجِ في حَقِّ الكبيرةِ العاقلَةِ[٢]، لكنِ اختَلَفوا فيما بينَهم إذا زَوَّجَتْ نَفسَها مِن غيرِ إذنِ الوَليِّ:

قالَ الشافعيُّ: لا يَجوزُ أصلًا، ولا يَتَوَقَّفُ على إجازَةِ الوَليِّ[٣].

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (٩/ ١٠٨)، وبحر المذهب للروياني (٩/ ١٠٦).

(٢) انظر: الأم للشافعي (٥/ ١٣)، والحاوي الكبير (٩/ ٣٨)، ونهاية المطلب في دراية المذهب (١٢/ ٤٨-٤٩).

(٣) انظر: بحر المذهب للروياني (٩/ ٣٤)، و البيان في مذهب الإمام الشافعي (٩/ ١٥٢).

وقالَ محمدٌ: يَتَوَقَّفُ على إجازَةِ الوَلِيِّ، ولا نَفاذَ له في الحالِ، حتى لو وَطِئَها يَكونُ وَطئًا حَرامًا وليسَ فيه طَلاقٌ ولا ظِهارٌ، ولو ماتَا لم يَتوارَثا[١].

وعن أبي يوسفَ رِوايتانِ: في رِوايةٍ: إذا ماتَ أحَدُهُما قبلَ أنْ يُجيزَه الوَلِيُّ والزَّوجُ كُفُؤٌ يَتوارَثانِ، وفي رِوايةِ الحَسَنِ عنه أنَّهما لا يَتَوارَثانِ كُفُؤًا كانَ أو غيرَ كُفُؤٍ.

وأما بيانُ أنَّ الوِلايةَ ثابتةٌ على الكَبيرَةِ العاقِلَةِ بِطَريقِ النَّدبِ عندَ أبي حنيفةَ، أنَّها إذا زَوَّجَتْ مِنْ غَيرِ كُفُؤٍ لِلأولياءِ حَقُّ الاعتراضِ، وكذلكَ المَرأَةُ إذا طَلَبَتْ مِنَ الوَلِيِّ التَّزويجَ مِن كُفُؤٍ فامتَنَعَ الوَلِيُّ يَصيرُ عاضِلًا، وتَثبُتُ الوِلايةُ للسُّلطانِ.

وكذا إذا زَوَّجَها الوَلِيُّ بغَيرِ رِضاها فَبَلَغَها الخَبَرُ فَسَكَتَتْ، أو في الابتداءِ استَأمَرَها الوَلِيُّ فَسَكَتَتْ يَكونُ سُكوتُها رِضًا.

وفي تَزويجِ الأجنَبِيِّ إذا بَلَغَها الخَبَرُ فَسَكَتَتْ لا يَكونُ إجازَةً إلا بالقَولِ صَريحًا أو دَلالَةً.

وإذا زَوَّجَ المَرأَةَ وَلِيٌّ فقالَتْ: «لَم أرضَ ولَم آذَنْ»، وقالَ الزَّوجُ: «قد أذِنَتْ»، فالقَولُ قَولُ المَرأَةِ؛ لأنَّ الزَّوجَ يَدَّعي عليها الإذنَ والرِّضا وهي تُنكِرُ، فَيَكونُ القَولُ قَولَها، ولا يَمينَ عليها عندَ أبي حنيفةَ، وعلى قَولِهِما القَولُ قَولُها مَعَ اليمينِ[٢].

والتحالُفُ لا يَجري في الأشياءِ الثَّمانيةِ[٣] عندَ أبي حنيفةَ، وهذا الفَصْلُ مِنْ جُملتها.

وقد قال أصحابنا في البكر: إذا زُوِّجَتْ فقالَ الزَّوجُ: «بَلَغَكِ العَقْدُ»[٤]، فَسَكَتَتْ

---

(١) جاء في «حاشية ابن عابدين» (٣/ ٥٧): أنَّ المُختارَ للفتوى هو قولُ محمَّدٍ نظرًا لفساد الزمان.

(٢) الفتوى في هذه المسألة على قول الصاحبين، انظر «حاشية ابن عابدين» (٣/ ٦٤).

(٣) سيأتي بيانها في كتاب الدعوى (٣/ ١٦١)، وقد عدَّها المصنف في ذاك الباب سبعةَ أشياء.

(٤) في «ز»: (الخبر).

وقالَتْ: «رَدَدْتُ»، فالقَولُ قَولُها خِلافًا لزُفَرَ؛ لأنَّها مُنكِرَةٌ في الحقيقة، وإنْ كانتْ مُدَّعيةً للرَّدِّ ظاهِرًا.

ثُم إذا اختلفَتِ الأحكامُ بينَ البِكرِ والثَّيِّبِ لا بُدَّ مِن تَفسيرِهِما فنقولُ:

كُلُّ مَنْ زالَتْ عُذْرَتُها بِوَثْبَةٍ أو طَفرَةٍ أو حَيضَةٍ أو طولِ التَّعنيسِ فهيَ في حُكمِ الأبكارِ في قولِهم، ومَنْ زالَتْ عُذْرَتُها بِوَطءٍ يَتَعَلَّق به ثُبوتُ النَّسَبِ فإنَّها في حُكمِ الثَّيِّبِ بالإجماعِ.

وأما إذا زالَتْ بَكارَتُها بالزِّنا، قالَ أبو حنيفةَ تُزَوَّجُ كَما تُزَوَّجُ الأبكارُ، وقالا والشافعيُّ: تُزَوَّجُ كما تُزَوَّجُ الثَّيِّبُ، وهي مَسألَةٌ مَعروفَةٌ.

[الكفاءة في النكاح]

ثُم لا خِلافَ بينَ أصحابِنا أنَّ الكَفاءَةَ مُعتَبَرةٌ في النِّكاحِ.

وقالَ مالكٌ[1] وسُفيانُ الثَّوريُّ[2] وهو اختيارُ أبي الحسنِ الكَرْخيِّ: لا اعتبارَ لِلكَفاءَةِ، لِقَولِه تعالى: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ﴾ [الْحُجُرَاتِ: ١٣].

والصَّحيحُ قَولُ العامَّةِ، لِقَولِه ﷺ: «لا يُزَوِّجُ النِّسَاءَ إِلَّا الأَولِيَاءُ، وَلا يُزَوَّجْنَ إِلَّا مِنَ الأَكْفَاءِ»[3].

---

(١) انظر: الجامع لمسائل المدونة (٩/ ٥٠)، و بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٣/ ٤٢)، و مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها (٣/ ٣١٥).

(٢) انظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٣/ ٤٢).

(٣) أخرجه الدراقطني (٣٦٠١)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٣٧٦٠) (١٣٧٦١) من حديث جابر رضي الله عنه، وهو حديث ضعيف، كذا قاله الكمال بنُ الهمام، وزاد بقوله: لكنَّه حُجَّة بالتضافر والشَّواهد فمن ذلك ما رواه الحاكم في «المستدرك» (٢٦٨٦) وصحَّحه ووافقه=

ثُم اختلفَ أصحابُنا في شَرائِطِها:

قالَ أبو حنيفةَ: الكَفاءَةُ تُعتَبَرُ في خمسةِ أشياءَ: **الحُرِّيَّةُ، والنَّسَبُ، والمالُ، والدِّينُ، وإسلامُ الآباءِ.**

وقالَ محمدٌ: الكَفاءة في الدِّينِ، والتَّقوى لَيسَتْ بِشَرطٍ، إلا أنْ يَكونَ فِسقًا هو شَيْنٌ في العُرفِ، نحوَ أنْ يُصْفَعَ أو يَسْكَرَ ويَمشي في الأسواقِ فَيُسْخَرَ منه.

وأما **الحُرِّيَّةُ** فَشَرْطٌ، حتى لا يَكونُ العَبْدُ والمُكاتَبُ والمُدَبَّرُ كُفُؤًا للحُرَّةِ بِحالٍ؛ لأنَّ الرِّقَّ نَقصٌ وشَيْنٌ فوقَ النَّقْصِ في النَّسَبِ.

وأما النَّسَبُ فالعَرَبُ بَعضُهم أكْفاءٌ لِبعضٍ، ولا يكونونَ أكْفاءَ لِقُرَيشٍ، فَقُرَيشٌ بَعضُهم أكْفاءٌ لِبعضٍ، الأعلى والأدنى فيه سواءٌ، حتى لا يُفَضَّلُ الهاشميُّ على القُرَشيِّ الذي ليسَ بِهاشِميٍّ، ولا يكونُ العَجَمُ والموالي أكْفاءَ لِلعَرَبِ، والموالي بَعضُهم أكْفاءٌ لِبعضٍ، ويَكونُ موالي العَرَبِ أكْفاءَ لِمَوالي قُرَيشٍ، وأصْلُه الحديثُ: **«قُرَيْشٌ بَعضُها أكْفاءٌ لِبَعضٍ، والعَرَبُ بَعضُها أكْفاءٌ لِبَعضٍ، والمَوالِي بَعضُها أكْفاءٌ لِبَعضٍ، حَيٌّ بِحَيٍّ وَقَبيلَةٌ بِقَبيلَةٍ»**[1].

= الذهبي من حديث علي: «ثلاثٌ يا علي لا تُؤخِّرْهنَّ الصَّلاةُ إذا أَتت، والجنازةُ إذا حضرت، والأيِّمُ إذا وجدت كُفْؤًا»، انظر «فتح القدير» (٣/ ٢٩٢).

(١) أخرجه البزار في «مسنده» (٢٦٧٧) من حديث خالد بن معدان عن معاذ ﷺ بلفظ: «العربُ بعضُها أكفاءٌ لبعض، والمَوالي بعضُهم أكفاءٌ لبعض»، وخالدُ لم يَسمع مِن معاذ.

وأخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٣٧٦٩) من حديث ابن عمر بلفظ: «العَرَبُ بعضُهم أكفَاءٌ لبَعضٍ قبيلَةٌ بقبيلةٍ، ورَجُلٌ برَجُل والمَوالي بعضُهم أكفَاءٌ لبعضٍ قبيلَةٌ بقبيلةٍ، ورَجُلٌ برَجُل، إلَّا حَائكٌ أو حَجَّامٌ»، وقال: مُنقطع، وساق طريقاً آخرَ وضعَّفه.

وأخرجه ابنُ حبان في «المجروحين» (٢/ ١٢٤) وأعلَّه، انظر «نصب الراية» (٣/ ١٩٨).

ورُويَ عن محمدٍ أنَّه قالَ في قُرَيشٍ: لا يَكونُ كُفُؤًا لِمَن كانَ مَشهورًا في الحُرمَةِ مِنْ قُرَيشٍ مثلُ البَيتِ الذي فيه الخِلافَةُ.

وأما المالُ فالمُعتَبرُ فيه القُدرَةُ على المَهْرِ والنَّفَقَةِ، حتى إنَّ مَنْ لا يَقدِرُ على المَهْرِ والنَّفَقَةِ ليسَ بِكُفُؤٍ.

وقالَ بعضُ المشايخِ: تُعتَبرُ الكَفاءَةُ في المالِ فيما سِوى المَهْرِ والنَّفَقةِ؛ لأنَّ الغِنى سَبَبُ الشَّرَفِ في العادَةِ بِمَنزِلَةِ النَّسَبِ.

وأما الإسلامُ في الآباءِ فَكُلُّ مَنْ كانَ له أبٌ واحدٌ في الإسلامِ لا يَكونُ كُفُؤًا لِمَن كانَ له آباءٌ في الإسلامِ، وكُلُّ مَنْ كانَ له أبوانِ في الإسلامِ فَصاعِدًا يَكونُ كُفُؤًا لِمَن كانَ له آباءٌ كَثيرَةٌ في الإسلام، وفي الحُرِّيَّةِ يَجِبُ أنْ يَكونَ هَكَذا؛ لأنَّ الشَّرَفَ يَقَعُ بِحُرِّيَّةِ الآباءِ.

وأما الكَفاءَةُ في الحِرَفِ والصِّناعَةِ فَعَلى قولِ أبي حنيفةَ لا تُعتَبرُ، وعلى قولِ أبي يوسفَ تُعتَبرُ، حتى لا يكونُ الحائِكُ كُفُؤًا للصَّيرَفيِّ والصَّائِغِ، وبعضُ مشايِخِنا قالوا: هذا اختلافُ عَصْرٍ وزَمانٍ، فأبو حنيفةَ بنى الأمرَ على عادَةِ العَرَبِ أنَّ مَواليَهُم يَعمَلونَ هذه الأعمالَ لِحاجَتِهم وحاجَةِ مَواليهم، ولا يَقصِدونَ بها الحِرفَةَ، ولا يُعَيَّرونَ بها، وأبو يوسفَ أجابَ على عادَةِ العَجَمِ أنَّهمُ اتَّخذوا هذهِ الصِّناعاتِ حِرفَةً، يُعَيَّرونَ بالدَّنِيءِ مِنْ ذلكَ، فَلَم يَكُنْ بَينَهم خِلافٌ في الحقيقةِ، فَفي كُلِّ بَلَدٍ تَكونُ عادَتُهمُ التَّعييرُ والتَّفاخُرُ في الحِرَفِ تُعتَبرُ فيه الكَفاءَةُ، واللهُ أعلمُ.

❁ ❁ ❁

باب النّفقات

الكلامُ في النَّفقةِ مِنْ وجوهٍ: في بيانِ أنواعِهَا، ويَتضمَّنُ:

- بيانُ الأسبابِ.
- وفي بيانِ المِقدَارِ.
- وفي بيانِ أنَّ النَّفقةَ معتبرةٌ بحالِ الرَّجلِ أم بحالِ المرأةِ، ونحوُ ذلك.

أما الأوَّلُ فنقولُ: النَّفقةُ الواجبةُ أنواعٌ ثلاثةٌ:

- نفقةُ الزَّوجاتِ.
- ونفقةُ المحارِمِ مِنَ الرَّحِمِ.
- ونفقةُ الرَّقيقِ.

أمَّا نفقاتُ الزَّوجاتِ فتجبُ بسببِ استحقاقِ الحبسِ للزَّوجِ عليها بسببِ النِّكاحِ عندنا.

وعند الشَّافعيِّ بسببِ الزَّوجيَّةِ، حتى إنَّ عنده تجبُ النَّفقةُ للصَّغيرةِ والكبيرةِ والمريضةِ وغيرها، وإنَّما تسقطُ بسببِ النُّشوزِ مِنْ جِهتِهَا[1].

وأمَّا عندنا فأقسامٌ: إنْ كانتِ امرأةً حرَّةً بالغةً لم تَمتَنِعْ عنِ المُقامِ مع الزَّوجِ وعنِ الدُّخول في بيته بعد استيفاءِ المهرِ كلِّه، أو كان المهرُ مؤجَّلًا لعدمِ مُطالبةِ الزَّوجِ إيَّاها

(١) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب (١٥/ ٤١٨)، والبيان في مذهب الإمام الشافعي (١١/ ١٩٩)، و كفاية النبيه في شرح التنبيه (١٥/ ١٩٧).

بالانتقالِ إلى بيته، فإنَّه تجبُ عليه نفقتُهَا إذا طالبَتْهُ بها، سواءٌ انتقلتْ إلى بيتِ الزَّوجِ أم لا؛ لأنَّ النَّفقةَ حقُّ المرأةِ عليه، والانتقالَ إلى بيتِ الزَّوجِ حقُّهُ عليها بعد إيفاءِ المهرِ، فإذا لم يُطالبْهَا الزَّوجُ بالانتقالِ فقد تركَ حقَّهُ، فلا يَسقطُ حقُّهَا.

وأمَّا إذا امتنعتْ عنِ الانتقالِ إلى بيتِهِ، فإنْ كانَ بحقٍّ لا تسقطُ النَّفقةُ، بأنِ امتنعتْ لتستوفيَ المهرَ، فأمَّا إذا كان الامتناعُ بغيرِ حقٍّ بأنْ أوفاهَا الزَّوجُ المهرَ، أو كان مؤجَّلًا فإنَّه تسقطُ النَّفقةُ؛ لأنَّه وُجِدَ النُّشوزُ منها، وأنَّه يُسقِطُ النَّفقةَ.

وأمَّا إذا كانتِ المرأةُ صغيرةً، إنْ كانتْ يُجامَعُ مثلُها فكذلكَ الجوابُ، وأمَّا إذا لم يُجامَعْ مثلُهَا فسُلِّمتْ إلى بيتِ الزَّوجِ فإنَّه لا نفقةَ لهَا؛ لأنَّه لا يُمكنُ الاستمتاعُ بها، فكذلك المريضةُ التي لا يُمكنُ وطؤُهَا، وله أنْ يردَّهَا إلى بيتِ الأبِ إنْ شاءَ.

وإنْ كانتِ الصَّغيرةُ ممَّنْ يَنتفعُ بها بالخدمةِ، أو يَستأنِسُ بها، وكذلكَ المريضةُ إنْ كانت ممَّنْ يستأنسُ بها الزَّوجُ فأمسكَهَا في بيتِهِ تجبُ النَّفقةُ؛ لأنَّه رضيَ بالحبسِ القاصِرِ.

وأمَّا إذا كانتْ محبوسةً بالدَّيْنِ قبلَ النُّقلَةِ، فإنْ كانتْ تَقدِرُ على أنْ تُخلِّي بينَه وبينَ نفسِهَا فلها النَّفقةُ وإلَّا فلا؛ لأنَّ هذا حبسٌ بحقٍّ، وهذا إذا كانتْ لا تقدِرُ على أداءِ الدَّيْنِ، فأمَّا إذا كانتْ تقدِرُ على الأداءِ ولا تؤدِّي، فتسقطُ لتقصيرِ منها.

فأمَّا إذا طلبتِ النَّفقةَ وليستْ بمريضةٍ ولا محبوسةٍ وهي بالغةٌ، ففرضَ لها النَّفقةَ ثم مرضتْ أو حُبِسَتْ[1] لم تبطلْ نفقتُهَا؛ لأنَّ النَّفقةَ قد وجبتْ بتسليمِ النَّفسِ مِنْ غيرِ مانعٍ عَنِ الوطءِ، فاعتراضُ المانعِ عنه لا يُسقِطُ النَّفقةَ كالحيضِ.

وذكر محمَّدٌ في «الأصل» وقالَ في الرَّتقاءِ والمريضةِ: إذا طلبتِ النَّفقةَ قبلَ النُّقلَةِ فَرَضَ لهما القاضي، ولم يَحكِ خلافًا، وما ذكرنا في المريض مِنَ التَّفصيلِ قبلَ الانتقالِ وبعدَهُ قولُ أبي يوسفَ.

---

(١) زاد في «س»: (أو جنت).

وأمَّا الزَّوجةُ إذا كانتْ أَمَةً، فإنْ بوَّأها المولَى بيتَ الزَّوجِ[١] تجبُ النَّفقةُ وإلاَّ فلا.

والتَّبوِئَةُ: أنْ يُخلِّيَ بينها وبين زوجِهَا في منزلِ الزَّوجِ، ولا يستخدمَهَا، فإنْ فعلَ ذلك تجبُ على الزَّوجِ النَّفقةُ؛ لأنَّ الحبسَ المُستحَقَّ بالنِّكاحِ وُجِدَ، فإذا لم تُوجدِ التَّبوئَةُ فلم يُوجدِ الحبسُ المُستحَقُّ، فإنْ بوَّأها المولَى ثم بدا له أنْ يَستخدمَها فله ذلك؛ لأنَّ منافعَ سائرِ الأعضاءِ بقيتْ على مِلْكِهِ، وإنِ استُحِقَّ عليه منافعُ بعضهَا بالنِّكاحِ، إلَّا أنَّه أعارها منه بالتَّبوئَةِ فله أنْ يستردَّ، وتسقطُ النَّفقةُ، فإنْ بوَّأها ثانيًا عادتِ النَّفقةُ كالحرَّةِ إذا نشزتْ ثم عادتْ.

وكلُّ مَنْ وجبتْ لها النَّفقةُ وجبتْ لها السُّكنى، وإلَّا فلا؛ لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: ٦].

وأمَّا مقدارُ النَّفقةِ، فيُعتَبرُ فيه حالُ الرَّجلِ مِنَ اليسارِ والإعسارِ دُون حالِ المرأةِ، وذكرَ الخصَّافُ أنَّها تُعتبرُ بحالِهما جميعًا، والصَّحيحُ ما ذُكِرَ هاهنا؛ لقوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ﴾ [الطلاق: ٧].

ثم الزَّوجُ إنْ كانَ مُوسِرًا لا تُفرَضُ عليه أكثرُ مِنْ نفقةِ خادمٍ واحدٍ عند أبي حنيفةَ ومحمَّدٍ، وقالَ أبو يوسفَ: إنْ كانَ لهَا خادمانِ تُفرَضُ لهمَا.

وأمَّا إذا كان الزَّوجُ مُعسِرًا، روى الحسنُ عنْ أبي حنيفةَ أنَّه لا يُفرَضُ عليه بنفقةِ الخادمِ وإنْ كانَ لها خادمٌ، وقالَ محمَّدٌ: إنْ كانَ لها خادمٌ فُرِضَ عليه بنفقتِهِ، وإنْ لم يكنْ لها خادمٌ لا تُفرَضُ.

وإنِ اختلفَ الزَّوجانِ في اليسارِ والإعسارِ فالقولُ قولُ الزَّوجِ؛ لأنَّه يدَّعي الفقرَ وهو أصلٌ، وإنْ أقاما البيِّنَةَ فالبيِّنةُ بيِّنةُ المرأةِ على أنَّه مُوسرٌ؛ لأنَّها تُثبتُ أمرًا زائدًا عارضًا، فكانت أولى.

---

(١) في «ز» و«س»: (المولى بيتًا).

ثُم النَّفقةُ غيرُ مقدَّرةٍ بالدَّراهمِ والدَّنانيرِ عندنا؛ لأنَّ السِّعرَ قد يغلُو وقدْ يَرْخُصُ، ولكنَّها مقدَّرةٌ بكفايتِهَا، إنْ كانَ الرَّجلُ مُوسرًا يُوسِّعُ في النَّفقةِ والكسوة، وإنْ كان مُعسرًا يُنفِقُ عليها أدنى الكفايةِ، مِنَ الطَّعامِ والإدَامِ والدُّهنِ، على حسبِ العرفِ والعادةِ في المُوسرِ والمُعسرِ، فإذا طلبتِ الفرضَ مِنَ القاضي فإنَّه يُقوِّمُ عليه مقدارَ الكفايةِ بالدَّراهمِ والدَّنانيرِ، ويَفرضُ عليه ذلكَ.

ثم نفقةُ الزَّوجاتِ لا تصيرُ دَينًا إلَّا بقضاءِ القاضي أو بتراضي الزَّوجينِ، فأمَّا إذا لم يُوجد أحدُ هذينِ الوجهينِ فإنَّه يسقطُ بمضيِّ الزَّمانِ؛ لأنَّها وجبتْ صلةً جزاءَ الحبسِ، لا عوضًا عنِ الوطءِ، وهذا عندنا.

وعند الشَّافعيِّ لا تسقطُ كسائرِ الدُّيون؛ لأنَّها وجبتْ عِوضًا كالمهر سواءً، إلَّا أنَّها تسقطُ بعدَ الفرضِ بالموتِ، وإنْ لم تسقطْ بمضيِّ الزَّمانِ لأنَّها صلةٌ لم تتأكَّدْ بالقبضِ، فتَسقطُ بالموتِ كسائرِ الصِّلاتِ[١].

وإنَّما يَفرضُ القاضي النَّفقةَ إذا كان الزَّوجُ حاضرًا والمرأةُ تَطلُبُ الفرضَ، فأمَّا إذا كانَ غائبًا وطلبتْ فرضَ النَّفقةِ مِنَ القاضي وسماعَ البيِّنةِ منها على الزَّوجيَّةِ وعلى قيامِ المالِ في يدِ إنسانٍ أمانةً، كالوديعةِ أو المضاربةِ ونحوِ ذلك، أو ثبوتَ الدَّيْنِ له على إنسانٍ، ولا عِلمَ للقاضي بالزَّوجيَّةِ ولا بالمالِ، فإنَّ القاضي لا يُجيبهَا إلى ذلك، ولا يَحكُمُ عليه، وهو قولُ أبي حنيفةَ الآخَرَ، وهو قولُ شُريحٍ.

وقد كان قوله الأوَّلُ أنَّ القاضي يقضي لها، وهو قولُ إبراهيمَ، والصَّحيحُ قولُ شُريحٍ؛ لأنَّ هذا قضاءٌ على الغائبِ مِنْ غيرِ أنْ يكونَ عنه خصمٌ حاضرٌ، وأنَّه لا يجوزُ عندنا.

---

(١) انظر: المهذب في فقه الإمام الشافعي للشيرازي (٣/ ١٥٥)، وكفاية النبيه في شرح التنبيه (١٥/ ٢٢٤)، و بداية المحتاج في شرح المنهاج (٣/ ٤٠١).

وأمَّا إذا كان القاضي عالمًا بالزَّوجيَّةِ، ويكونُ مالُه في يدِ إنسانٍ أمانةً أو بثبوتِ دَيْنِه على إنسانٍ لمعاينةِ وجودِ السَّببِ، أو الإقرارِ في النِّكاحِ، أو أقرَّ صاحبُ اليدِ بكونِ المالِ للزَّوجِ، أو أقرَّ مَنْ عليه الدَّيْنُ وأقرَّ بالزَّوجيَّةِ، فإنَّ القاضي يأمرُ مَنْ عليه الدَّيْنُ والمُودَعَ بدفعِ النَّفقةِ إليها، ويَفرِضُ النَّفقةَ لها؛ لأنَّه لا يحتاجُ إلى القضاءِ؛ لأنَّ هذا واجبٌ شرعًا، على ما قاله ﷺ لهندٍ امرأةِ أبي سفيان: «**خُذِي مِنْ مَالِ أَبِي سُفيَانَ مَا يَكْفِيكِ وَيَكفِي وَلَدَكِ بِالمَعْرُوفِ**»[1]، فكانَ هذا مِنْ بابِ النَّظرِ للغائبِ بإحياءِ زوجتِهِ.

وللقاضي ولايةُ النَّظرِ في مالِ الغائبِ، ولهذا يبيعُ القاضي مَا يَتسارعُ إليه الفسادُ مِنْ مالِ الغائبِ نظرًا له؛ لأنَّ[2] هذا مِنْ بابِ الحُكْمِ.

وإذا طلبتِ المرأةُ مِنَ القاضي أنْ يأذنَ لها بالاستدانةِ على الزَّوجِ، ففي الفصلِ الأوَّلِ لا يأذنُ في الاستدانةِ عليه؛ لأنَّه لم يَفرضِ النَّفقةَ لكونه قضاءً على الغائبِ، فأمَّا إذا عَلِمَ القاضي بالزَّوجيَّةِ، أو كانَ قد فرضَ النَّفقةَ في حالِ حضورِ الزَّوجِ ثم طلبتِ المرأةُ بعدَ الغَيبةِ بالاستدانةِ عليه، فإنَّه يأذنُ لها بالاستدانةِ عليه.

وفائدةُ الإذنِ بالاستدانةِ ليسَ هو رجوعَهَا على الزَّوجِ بالنَّفقةِ؛ لأنَّ النَّفقةَ إذا كانت مفروضةً كان لها أنْ ترجعَ بغيرِ الإذنِ بالاستدانةِ عليه، ولكن فائدتُه أنَّ بعدَ الإذنِ بالاستدانةِ عليه، لِصاحبِ الدَّيْنِ أنْ يأخذَ مِنَ الزَّوجِ، كما له أنْ يأخذَ مِنَ المرأةِ المُستدينةِ؛ لأنَّه لا يجبُ على الإنسانِ أداءُ المالِ إلَّا بالتزامِهِ، أو بإلزَامِ مَنْ لهُ ولايةُ الإلزامِ عليه.

وأمَّا إذا استدانتْ عليه مِنْ غيرِ إذنِ القاضي، إنْ كان قبلَ فرْضِ القاضي تكونُ متطوِّعةً في الإنفاقِ، وتَسقطُ بمضيِّ الوقتِ إنْ لم يَفرضِ القاضي ولم يتراضيا عليه.

---

(١) أخرجه البخاري (٥٣٦٤)، ومسلم (١٧١٤) من حديث عائشة ﷺ.

(٢) في «س»: (لا أن).

وإنْ كان بعد فرْضِ القاضي، فإنَّ له أنْ يرجعَ عليها لا على الزَّوج؛ لما ذكرنا أنَّه لم يلتزمْ ولم يُلزِمْ عليه القاضي بالإذنِ بالاستدانةِ.

وإذا طلبتِ المرأةُ مِنَ القاضي فرْضَ النَّفقةِ على زوجها المُعسرِ، فإنَّ القاضي يَفرِضُ؛ لأنَّ نفقةَ الزَّوجةِ تجبُ على الفقير، ويُؤخِّرُ إلى وقتِ اليسار؛ لأنَّه لو لم تُفرَضْ لسقطتْ بمضيِّ الوقتِ.

ولو طلبتْ مِنَ القاضي أنْ تستدينَ عليه، فإنَّه يفرضُ النَّفقةَ ويأذنُ لها بالاستدانةِ؛ للفائدةِ التي ذكرنا.

ولو طلبتِ الفُرقَةَ لعجزِ الزَّوج عَنِ الإنفاقِ عليها، فإنَّ القاضي لا يُفرِّقُ بينهما، وليس لها حقُّ الفسخِ، وهذا عندنا، وعند الشَّافعيِّ يكونُ لها حقُّ الفسخِ إنْ شاءتْ[1]، وهي مسألةٌ معروفةٌ.

ولو قبضتِ المرأةُ نفقةَ سَنَةٍ بفرضِ القاضي أو بالتَّراضي، ثم ماتَ الزَّوجُ قبلَ مُضيِّ السَّنَةِ، لم يكنْ لورثتِهِ الرُّجوعُ عليها بشيءٍ عند أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ، وكذلك إذا ماتتِ المرأةُ لم يَرجعِ الزَّوجُ في تَرِكَتِها بشيءٍ.

وقال محمَّدٌ: أدفعُ لها مِنَ النَّفقةِ حصَّةَ ما مضى، وأقضي عليها بردِّ الباقي، وكذلك الكسوةُ تُسقَطُ عنها حصَّةُ ما مضى مِنَ المدَّةِ ويُرَدُّ الباقي.

والصَّحيحُ قولُهما؛ لأنَّ النَّفقةَ صلةٌ، وقد تأكَّدتْ بالقبضِ، فلا يَثبتُ فيها الرُّجوعُ بعدَ الموتِ كما في الهبةِ.

وأمَّا نفقةُ ذوي الأرحامِ فنقولُ: الأرحامُ أقسامٌ ثلاثةٌ:

- رَحِمُ الولادةِ.

---

(١) انظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين (٩/ ٧٦)، و النجم الوهاج في شرح المنهاج (٨/ ٢٧٣-٢٧٤).

- ورَحِمٌ مَحْرَمٌ للنِّكاحِ.

- ورَحِمٌ غير مَحْرَمٍ.

ولا خلاف أنَّهُ لا تجبُ النَّفقةُ لرَحِمٍ غيرِ مَحْرَمٍ، كقرابةِ بني الأعمامِ ونحوهم، ولا خلاف أنَّها تجبُ بقرابة الوَلادِ.

واختلفوا في رحمٍ مَحْرَمٍ، كالإخوةِ والعُمومةِ والخُؤولةِ، فعندنا تجبُ، وعند الشَّافعيِّ لا تجبُ(١).

وحاصلُ الخلافِ: أنَّ هذه القرابةَ هل هي واجبةُ الوصلِ أم لا؟ فعندنا كذلك، وعنده بخلافه.

ويُبتَنَى على هذا هذه المسألةُ، وكذلكَ إذا مَلَكَ أخاهُ أو عمَّه أو خالَه لا يَعتِقُ عليه عنده(٢)، وعندنا يَعتِقُ، وكذلك الخلافُ في قطعِ السَّرقةِ الموجودةِ مِنْ هؤلاءِ، وهي مسألةٌ معروفةٌ، تُذكرُ في العَتَاقِ إنْ شاءَ اللهُ تعالى.

ثم الكلامُ في تفصيلِ هذه الجملةِ فنقولُ: الرَّجلُ المُوسِرُ إذا كانَ له أبوانِ وأولادٌ صغارٌ وكبارٌ، زَمنَى أو عُميٌ أو مجانينُ أو إناثٌ وهم فقراءُ، فإنَّه تجبُ عليه نفقتُهم صِلَةً للرَّحم.

وأمَّا الأولادُ الكبارُ الأصحَّاءُ فلا تجبُ عليه نفقتُهم؛ وجَعَلَ القدرةَ على الكسبِ بمنزلةِ الغِنَى في حقِّ هؤلاء، إلَّا في حقِّ الأبوينِ؛ فإنَّ إلزامَ الوالدِ التَّكسُّبَ مع غِنى الولدِ سببٌ للتَّأذِّي مِنَ الولدِ، واللهُ تعالى حرَّم التَّأفيفَ لما فيه مِنْ نوعِ أذًى وهذا فوقَ ذلك.

---

(١) انظر: بحر المذهب للروياني (١١/ ٤٩١)، وجواهر العقود (٢/ ١٧٥).

(٢) انظر: الحاوي الكبير (١٨/ ٧٢)، وبحر المذهب للروياني (٨/ ٢١٥)، و النجم الوهاج في شرح المنهاج (١٠/ ٤٨٥).

وأمَّا الأولادُ الصِّغارُ إذا كان لهم مالٌ، فنفقتُهم في مالِهم لا على الأبِ، فإنْ كانَ المالُ حاضرًا في يدِ الأبِ يُنفِقُ منه إنْ شاءَ، ولكن ينبغي أنْ يُشهِدَ على ذلك رجلينِ عدلينِ حتى يُصدِّقَه القاضي إذا أنكر الولدُ بعد الكبرِ إنفاقَه عليهم؛ لأنَّه خلافُ الظَّاهر، إذ في الغالبِ أنَّ الأبَ الموسرَ يُنفقُ على ولده مِنْ مالِ نفسه، وإنْ كان لهم مالٌ.

وكذلك إنْ كانَ المالُ غائبًا يُنفقُ مِنْ مالِ نفسه، ويُشهِدُ على ذلك ليُمكنَهُ الرُّجوعُ، فأمَّا فيما بينهم وبينَ اللهِ تعالى فلا حاجةَ إلى الإشهادِ، ولكنْ لا بدَّ أنْ ينوي عند الانفاقِ أنَّه يكونُ قرضًا عليه، إذ له ولايةُ الإقراضِ للصَّبيِّ، فتُشترطُ النِّيَّةُ فيَحلُّ له الرُّجوعُ.

وإنْ كان الرَّجلُ فقيرًا صحيحًا مكتَسِبًا، فإنَّه تجبُ عليه نفقةُ الوالدِينَ والأولادِ الصِّغارِ والإناثِ والكبارِ الزَّمنَى، ويُشاركونهُ في نفقتِه التي اكتسبها لنفسِه، وإنْ لم تكن في ذلكَ كفايةٌ لهم؛ لأنَّه لا يُشارِكُ الرَّجلَ أحدٌ في نفقةِ والديه، وكذلك في نفقةِ الولدِ المحتاجِ؛ لقيامِ البعضيَّة بينهم.

وأمَّا إذا كانَ الأبُ الفقيرُ زَمِنًا، فإنَّه تجبُ نفقةُ هؤلاءِ على مَنْ كان مُوسرًا من ذوي الرَّحمِ المَحْرَمِ؛ فإنَّه رُوي عنْ أبي يوسفَ أنَّه قال: إذا كان للفقيرِ الصَّحيحِ أولادٌ صغارٌ ولهم جَدٌّ مُوسِرٌ، لَمْ[1] أفرضِ النَّفقةَ على الجدِّ، وإنْ كان الأبُ زَمِنًا أقضي على الجدِّ بالنَّفقةِ؛ لأنَّ الأبَ الفقيرَ الزَّمِنَ لا يكونُ مِنْ أهلِ وُجوبِ النَّفقةِ عليه، فجُعِلَ كأنْ لم يكن.

وقالوا في حقِّ هؤلاءِ: إذا كانَ الرَّجلُ المُوسرُ غائبًا، ومالُهُ حاضرٌ في يدِ إنسانٍ أمانةً، فأَقرَّ بالقرابةِ والمالِ، أو كان القاضي له علمٌ بذلك، فإنَّه يَفرِضُ القاضي نفقةَ هؤلاءِ في مالِ الغائبِ، إذا كان مالُهُ دراهمَ أو دنانيرَ أو طعامًا.

فأمَّا إذا كان عُروضًا فإنَّ القاضي لا يبيعُ عروضه للنَّفقةِ على هؤلاءِ، كما لا يَبيعُ

---

(١) سقط من «أ»: (لم).

العقارَ، ولكنَّ الأبوانِ يبيعانِ عُروضه ويصرفانِ إلى نفقتِهما بقدْرِ المعروفِ، ولا يتعرَّضُ لهما القاضي، ويجوزُ ذلك البيعُ، وهذا قولُ أبي حنيفةَ، وهو استحسانٌ، والقياسُ ألَّا يجوزَ بيعُ الأبوينِ عروضَ ولدهما، كما لا يجوزُ بيعُ العقارِ.

وما عرفتَ مِنَ الجوابِ في حقِّ الوالِدَينِ فهو الجوابُ في حقِّ الجدِّ والجدَّةِ عند عدمِ الوالدَينِ، فأمَّا في حالِ قيامِهما فحكمُهما كحُكْمِ سائرِ ذوي الأرحامِ.

ثم مَنْ سوى هؤلاءِ الذين ذكرناهم مِنْ ذوي الأرحامِ المَحْرَمِ، فإنَّه تجبُ النَّفقةُ على المُوسرينَ للمعسرينَ على قَدْرِ المواريثِ، ولا يجبُ على الفقراءِ قليلٌ ولا كثيرٌ، ولا يُشاركونهم في نفقاتِهم؛ لأنَّها وجبتْ بطريقِ الصِّلةِ، والصِّلاتُ تجبُ على الأغنياءِ دونَ الفقراءِ للتَّعارضِ.

ثم الكلامُ في كيفيَّةِ وجوبِ نفقةِ المحارمِ فنقولُ:

الأصلُ أنَّه إذا اجتمعَ الأقربُ والأبعدُ في الوالِدِينَ والمولودِينَ وفي غيرهما مِنْ ذوي الرَّحِمِ المَحْرَمِ، فإنَّه تجبُ النَّفقةُ على الأقربِ دُونَ الأبعدِ، فإذا استويا في القُربِ فإنَّه يجبُ على مَنْ له نوعُ رُجحانٍ في الوالِدِينَ والمولودِينَ.

وفي غير الوالِدِينَ والمولودِينَ مِنْ ذوي الرَّحمِ المَحْرَمِ إذا وُجِدَ الاستواءُ في القرابةِ رُجِّحَ بكونه وارثًا، حتى إنَّ كلَّ مَنْ وَرِثَ تجبُ عليه دون مَنْ حُجِبَ، وإذا استويا في الميراثِ تجبُ عليهما بقدْرِ الميراثِ؛ لوجودِ الاستواءِ في سببِ الاستحقاقِ وسببِ التَّرجيحِ، فتكونُ النَّفقةُ بينهم على قدرِ المواريثِ.

إذا ثبتَ هذا الأصلُ تُخرَّجُ عليه المسائلُ فنقولُ:

إنَّ الفقيرَ إذا كان له والدٌ وابنُ ابنٍ موسرَينِ، فالنَّفقةُ على الوالدِ؛ لأنَّه أقرب.

ولو كان له والدٌ وابنٌ موسرينَ تجبُ النَّفقةُ على الابنِ؛ لأنَّهما استويا في القُربِ، وترجَّحَ الابنُ لأنَّه كسبُه، فيكونُ له حقٌّ في كسبه.

ولو كان له جدٌّ وابنُ ابنٍ موسرينِ، فالنَّفقةُ عليهما على قدْرِ الميراثِ، على الجدِّ السُّدُسُ، والباقي على ابنِ الابنِ.

وكذلكَ إذا كان له أمٌّ وعمٌّ أو أمٌّ وأخٌ لأبٍ وأمٍّ أو لأبٍ، فعلى الأمِّ الثُّلُثُ، وعلى الأخِ أو العمِّ الثُّلُثانِ على قدْرِ الميراث.

ولو كان له عمٌّ وخالٌ، فالنَّفقةُ على العمِّ؛ لأنَّهما تساويا في القرابةِ المُحَرِّمَةِ للنِّكاحِ بسبب كونه وارثًا، والعمُّ هو الوارثُ فتجبُ عليه.

ولو كان له خالٌ وابنُ عمٍّ، فالنَّفقةُ على الخالِ دون ابنِ العمِّ؛ لأنَّهما لم يستويا في الرَّحِمِ المَحْرَمِ، بل الخالُ هو ذو الرَّحمِ المَحْرَمِ، فتجبُ عليه، واستحقاقُ الميراثِ للتَّرجيحِ، وذلك عند الاستواءِ في سببِ الاستحقاقِ.

ولو كان له عمَّةٌ وخالةٌ وابنُ عمٍّ، فعلى الخالةِ الثُّلُثُ، وعلى العمَّةِ الثُّلثانِ، ولا شيءَ على ابنِ العمِّ؛ لأنَّه لم يُوجدْ في حقِّ ابنِ العمِّ سببُ الاستحقاقِ، والعمَّةُ والخالةُ استويا في سببِ الاستحقاقِ، وفي استحقاقِ الميراثِ، فيكونُ بينهما على قدرِ المِيراث.

ولو كان له عمٌّ وعمَّةٌ وخالةٌ، فالنَّفقةُ على العمِّ لا غير؛ لأنَّه ساواهما في الرَّحمِ والتَّحريمِ، وهو الوارثُ دونهما، فتكونُ النَّفقةُ عليه، وعلى هذا الأصلِ مسائلُ.

ثم النَّفقةُ لا تجبُ مع اختلافِ الدِّينِ إلَّا للوالِدينَ والمولودِينَ والزَّوجةِ والجدَّةِ والجدِّ في حال عدمِ الأبوينِ، ومَنْ سوى هؤلاءِ تجبُ نفقتُه عند اتِّفاقِ الدِّينِ لا غير؛ لأنَّ نفقةَ الوَلاد تجبُ باعتبارِ البعضيَّةِ، وصيانةُ نفسه عنِ الهلاكِ واجبٌ، وكذلكَ صيانةُ بعضه، فأمَّا نفقةُ ذوي الرَّحمِ المَحْرَمِ فتجبُ باعتبارِ الصِّلةِ، وأنَّها تجبُ عند اتِّفاقِ الدِّينِ، فشَرْطُ وجوبِ نفقةِ المحارمِ اليسارُ والاتِّفاقُ في الدِّينِ، بخلافِ نفقةِ الزَّوجاتِ والوالِدينَ والمولودِينَ.

ثم ما حَدُّ اليسارِ الذي يتعلَّقُ به وجوبُ النَّفقةِ؟

ذكر ابنُ سِماعةَ عنْ أبي يوسفَ أنَّه اعتبرَ نصابَ الزَّكاةِ.

وروى هشامٌ عنْ محمَّدٍ إذا كان له فَضلٌ على نفقةِ شهرٍ له ولِعيالِه فإنَّه تجبُ عليه نفقةُ ذي الرَّحمِ المَحْرَمِ وإلَّا فلا.

وروي عنْ محمَّدٍ أنَّ مَنْ لا شيءَ في يده مِنَ المالِ وهو يتكسَّبُ كلَّ يومٍ درهمًا ويكفي له أربعةُ دوانقَ، فإنَّه يَرفعُ لنفسه ولعيالِهِ ما يتَّسعُ فيه، وينفقُ فضلَهُ على مَنْ تجبُ عليه نفقتُه حالةَ اليسارِ، وقول محمَّدٍ أرفقُ[١].

وأمَّا نفقةُ الرَّقيقِ:

فسببُ وجوبها المِلْكُ، ولا تَجبُ على العبدِ نفقةُ ولَده الحرِّ؛ لأنَّ كسبَهُ مالُ مولاه، ولا تجبُ على الحرِّ[٢] نفقةُ ولده الرَّقيقِ؛ لأنَّه مِلْكُ غيره، فتكونُ نفقتُه عليه.

وقالوا في الجاريةِ المشتركةِ: إذا جاءتْ بولدٍ وادَّعاهُ المَوْلَيانِ، فنفقةُ هذا الولدِ عليهما، وعلى الولدِ إذا كَبُرَ نفقةُ كلِّ واحدٍ منهما؛ لأنَّه أبٌ كاملٌ في حقِّهِ.

وقالوا في المفقودِ: إنَّ القاضي يَفرضُ في مالِهِ لأبويه وامرأتِه والصِّغارِ مِنْ ولدِهِ والإناثِ والذُّكورِ الزَّمنَى، فيَنصِبُ عنه خَصمًا، ويُقضَى عليه بنفقةِ هؤلاء.

وقالوا: يَقضي في مالِ المفقودِ للجدِّ وولدِ الولدِ في حالِ عدمِ الأبِ والولدِ، وأمَّا في حالِ قيامهما لا يَقضي؛ لأنَّهم حينئذٍ في حُكْمِ ذوي الأرحامِ، ولا يقضي نفقةَ ذوي الأرحامِ في مالِ المفقودِ، واللهُ تعالى أعلمُ.

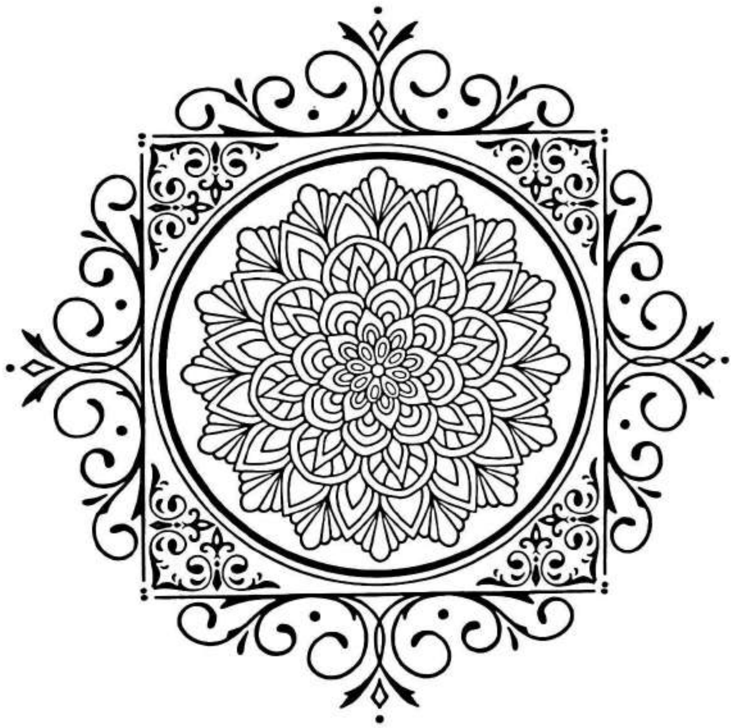
❀ ❀ ❀

---

(١) في «ز» و«س»: (أوفق).

(٢) في «أ»: (الحرة).

كتاب الطلاق



كتاب الطلاق

نَحتاجُ إلى بَيانِ أنواعِ الطَّلاقِ وإلى بَيانِ أحكامِها.

فنقولُ: **إنَّ الطَّلاقَ في الأصْلِ نوعان، طَلاقُ سُنَّةٍ وطلَاقُ بِدعَةٍ.**

والسُّنَّةُ نَوعانِ: نَوعٌ يَرجِعُ إلى العَدَدِ ونَوعٌ يَرجِعُ إلى الوَقتِ، وكَذلِكَ طَلاقُ البِدعَةِ نَوعانِ أيضًا، يَرجِعُ إلى العَدَدِ والوَقتِ.

ثم السُّنَّةُ في العَدَدِ والوَقتِ نَوعانِ عندَنا: حَسَنٌ وأَحْسَنُ.

فالأحْسَنُ: أنْ يُطلِّقَ الرَجُلُ امرَأتَه واحِدَةً رَجعيَّةً في طُهرٍ لَمْ يُجامِعْها فيه، ثم يَترُكُها حتى تَنقَضيَ عِدَّتُها، أو كانَتْ حامِلًا وقد استَبانَ حَملُها.

وأما **الحَسَنُ** فأنْ يُطلِّقَها واحِدَةً في طُهرٍ لَمْ يُجامِعْها فيه، ثم يُطلِّقَ في الطُّهرِ الثاني ثانيًا، ثم في الطُّهرِ الثالِثِ ثالِثًا، فَتَبِيْنَ منه.

وأما طلاقُ البِدعَةِ في العَدَدِ فأنْ يُطلِّقها ثَلاثًا جُملَةً واحِدَةً في طُهرٍ واحِدٍ.

وأما طلاقُ البِدعَةِ في الوقتِ فأنْ يُطلِّقَها في حالةِ الحَيضِ، أو في طُهرٍ جامَعَها فيه.

ثم السُّنَّةُ التي تَرجِعُ إلى العَدَدِ يَستَوي فيها المَدخولُ بِها وغَيرُ المَدخولِ بِها؛ لأنَّه إيقاعُ الطَّلاقِ مِنْ غَيرِ حاجَةٍ.

فأما السُّنَّةُ في الوَقتِ فَيَختلِفُ فيها المَدخولُ بِها وغَيرُ المَدخولِ بِها، فإنَّ الطَّلاقَ في حالِ الحَيضِ يُكرَهُ في المَدخولَةِ، لأنَّ فيه تَطويلَ العِدَّةِ، فأما في غَيرِ المَدخولَةِ لا يُكرَهُ؛ لأنَّه لا يُؤَدِّي إلى تَطويلِ العِدَّةِ فإنَّه لا عِدَّةَ علَيها.

وهذا الذي ذَكَرْنا مِنَ السُّنَّةِ والبِدْعَةِ قَولُ أصحابِنا.

وقالَ الشافعيُّ: لا أعرِفُ في عَدَدِ الطَّلاقِ سُنَّةً وَلا بِدْعَةً، وإنَّما السُّنَّةُ والبِدعَةُ في الوَقتِ على ما ذَكَرْنا[١].

وأصْلُ ذلكَ ما رُوِيَ عن عَبدِاللهِ بنِ عُمَرَ ﷺ أنَّه طَلَّقَ امرأتَه في حالِ الحَيضِ، فَسَأَلَ عَنْ ذلكَ رَسولَ اللهِ ﷺ فقالَ: «أَخْطَأْتَ السُّنَّةَ، ما هَكَذا أَمَرَكَ اللهُ، إنَّ مِنَ السُّنَّةِ أنْ تَستَقبِلَ الطُّهرَ فَتُطَلِّقَها لِكُلِّ قُرْءٍ تَطْلِيقَةً»[٢].

هذا الذي ذَكَرْنا في حَقِّ ذَواتِ الأقْراءِ، فأما في حَقِّ الآيِسَةِ والصَّغيرَةِ فَطَلاقُ السُّنَّةِ أنْ يَفصِلَ بينَ كُلِّ طَلاقَيها بِشَهرٍ بِالإجماعِ، وفي حَقِّ المُمتَدِّ طُهْرُها لا يُطَلِّقُ لِلسُّنَّةِ إلا واحِدَةً.

---

(١) انظر: الأم للشافعي (٥/ ١٩٥)، وتحفة المحتاج في شرح المنهاج وحواشي الشرواني والعبادي (٨/ ٨٢-٨٣)، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (٧/ ٨).

(٢) أخرجه الدارقطني (٣٩٧٤)، عن عبدالله بن عمر، وقد أعلَّ الحديثَ البيهقيُّ في «المعرفة» (١٤٦٦٥) بعطاءِ الخراساني، وأنه ضعيفٌ في الحديث، لا يُقبل ما تفرَّد به، لكن رُدَّ بأن للخراسانيِّ متابعاً عند الطبراني في «الكبير» (١٣٩٩٧)، وأُعلَّ أيضاً بأن الحسنَ لم يسمع مِن ابنِ عمر، وتُعقِّب بكلام الذهبيِّ بأنه صرَّحَ هنا بمشافهته، وقال أيضاً: «هذا إسنادٌ قوي»، وذكره ابنُ الملقِّن فقال: «إسناده جيد».

قال العينيُّ: «وأحسن من ذلك ما رواه النسائي (٣٣٩٤) بإسناده عن عبدالله بن مسعود ﷺ، قال: «طلاق السُّنةِ تطليقةٌ، وهي طاهرٌ في غيرِ جماع، فإذا حاضَت وطَهُرت طلَّقَها أُخرى، ثمَّ تَعتدُّ بعد ذلك بحيضةٍ» فأخبرَ أنه طلاق السُّنة، وهي سُنة رسول الله ﷺ».

ويشهد لذلك ما أخرجه مسلم (١٤٧١) بإسناده عن عبدالله، أنه طلق امرأته وهي حائض، فذكر ذلك عمرُ للنبي ﷺ، فقال: «مُرْه فلْيُراجعْها، ثم لِيطَلِّقْها طاهراً، أو حاملاً»، وفي رواية البخاري (٥٢٥٣) قال ابن عمر: «حُسِبت عليَّ بتطليقةٍ».

انظر «نصب الراية» (٣/ ٢٢٠)، «تنقيح التحقيق» (٢/ ٢٠٥)، «التوضيح لشرح الجامع الصحيح» (٢٥/ ١٨٨)، «البناية» (٥/ ٢٨٣) «فتح القدير» (٣/ ٤٦٧).

وأما في الحامِلِ:

قالَ أبو حنيفةَ وأبو يوسفَ: يُطَلِّقُ ثلاثًا لِلسُّنَّةِ، ويَفصِلُ بينَ كُلِّ طَلاقَيها بِشَهرٍ.

وقالَ محمدٌ وزُفَرُ: لا يُطَلِّقُ لِلسُّنَّةِ إلا واحِدَةً، وهيَ مَسألَةٌ مَعروفَةٌ.

ثم في حَقِّ الآيسَةِ والصَّغيرَةِ إذا دَخَلَ بِها لا يُكرَهُ الطَّلاقُ، وإنْ طَلَّقَها في طُهرٍ جامَعَها فيه، بلْ يُباحُ له الطَّلاقُ في أيِّ وقتٍ شاءَ؛ لأنَّ احتمالَ الحَبَلِ مَعدومٌ في حَقِّ غَيرِ ذَواتِ الأقراءِ فَلا يُكرَهُ، وفي حَقِّ ذَواتِ الأَقراءِ يُكرَهُ لِهذا.

وكذلِكَ في حَقِّ الحامِلِ؛ لأنَّ الكَراهِيَةَ لِلنَّدامَةِ بِسَبَبِ الحَبَلِ، فَمتى طَلَّقَها مَعَ قيامِ الحَمْلِ عَلِمَ أنَّه ما نَدِمَ، وهذا الذي ذَكَرْنا في حَقِّ الحُرَّةِ.

وأما في حَقِّ الأَمَةِ المُسلِمَةِ والكِتابِيَّةِ فَلا يَختَلِفُ الجَوابُ في حَقِّ السُّنَّةِ والبِدعَةِ، إلا أنَّ في حَقِّ الأَمَةِ طَلاقَ السُّنَّةِ واحِدٌ؛ لأنَّ طَلاقَ الأَمَةِ اثنتانِ، وَعِدَّتَها حَيضَتانِ.

ولو طَلَّقَ امرَأتَه واحِدَةً ثم راجَعَها في ذلكَ الطُّهْرِ فَلَهُ أنْ يُطَلِّقَها ثانِيًا لِلسُّنَّةِ عندَ أبي حنيفةَ وزُفَرَ، وقال أبو يوسفَ: لا يُطَلِّقُ، وعن محمدٍ رِوايَتانِ.

وأجمَعوا أنَّه إذا أَبانَها في طُهْرٍ لمْ يُجامِعْها فيه ثم تَزَوَّجَها له أنْ يُطَلِّقَها ثانيًا لِلسُّنَّةِ، فَأَبو حنيفةَ أَلحَقَ المُراجَعَةَ بالتَّزويجِ، والمَعنى الجامِعُ بينَهما أنَّ بِالمُراجَعَةِ بَطَلَ حُكْمُ الطَّلاقِ، فجُعِلَ كَأَنْ لمْ يَكُنْ، وعلى هذا قالوا: إذا راجَعَها بِالقُبلَةِ أو اللَّمسِ له أنْ يُطَلِّقَها ثانيًا في ذلك الطُّهْرِ عندَ أبي حنيفةَ، وأما إذا راجَعَها بِالوَطءِ لا يُطَلِّقُ ثانِيًا؛ لأنَّ الوَطءَ دَلالَةُ المُراجَعَةِ، فَيَصيرُ كَما لو راجَعَ ثم جامَعَها، ليسَ لهُ أنْ يُطَلِّقَها.

فأما إذا جامَعَها[1] فَحَبِلَتْ جازَ له أنْ يُطَلِّقَ أُخرى[2] في قَولِ أبي حنيفةَ ومحمدٍ

(١) في «ز»: (راجعها).

(٢) زاد في «أ»: (في ذلك الطهر).

وزُفَرَ، وقال أبو يوسفَ: لا يُطَلِّقُها، والصَّحيحُ قَولُهم؛ لأنَّ الكَراهَةَ لِمَكانِ احتِمالِ الحَبَلِ، فإذا عَلِمَ بِالحَبَلِ وَطَلَّقَ فالظَّاهِرُ أنَّه لا يَندَمُ، كما إذا ظَهَرَ الحَبَلُ فَجامَعَها ثم طَلَّقَها لا يُكرَه لِما قُلنا.

وإذا طَلَّقَ امرَأتَه في حالِ الحَيضِ ثم راجَعَها ثم أرادَ طَلاقَها لِلسُّنَّةِ:

ذكر في «الأصل» أنَّها إذا طَهُرَتْ ثم حاضَتْ ثم طَهُرَتْ طَلَّقَها إنْ شاءَ.

وذَكَرَ الطَّحاويُّ أنَّه يُطَلِّقُها في الطُّهْرِ الذي يَلي الحَيضَةَ.

وذَكَرَ الكَرخيُّ وقال: ما ذَكَرَه الطَّحاوي قَولُ أبي حنيفةَ، وما ذُكِرَ في «الأصلِ» قَولُهُما وما قالَ أبو حنيفةَ هوَ القياسُ؛ لأنَّه طُهْرٌ لم يُجامِعْها فيه، وما ذُكِرَ في «الأصلِ»[1]، لحديثِ ابنِ عمرَ رضي الله عنهما أنَّ النبيَّ ﷺ قالَ لِعمرَ رضي الله عنه: «مُرِ ابنَكَ فَلْيُراجِعْهَا، ثُمَّ يَدَعْهَا حَتَّى تَطْهُرَ ثُمَّ تَحِيضَ فَتَطْهُرَ ثُمَّ يُطَلِّقُها إنْ شاءَ طاهِرًا مِنْ غَيْرِ جِمَاعٍ»[2].

إذا ثَبَتَ هذا فَنَقولُ: إذا قالَ لِامرَأتِه «أنتِ طالِقٌ لِلسُّنَّةِ»، إنْ كانَتْ مِنْ ذَواتِ الأقراءِ وهيَ طاهِرَةٌ مِنْ غَيرِ جِماعٍ يَقَعُ الطَّلاقُ لِلحالِ، وإنْ كانَتْ حائِضًا أو في طُهْرٍ جامَعَها فيه لَم يَقَع الساعَةَ، فإذا حاضَتْ وَطَهُرَتْ وَقَعَتْ بِها تَطليقَةٌ.

وإذا قالَ: «أنتِ طالِقٌ ثِنتَينِ لِلسُّنَّةِ» أو «... ثَلاثًا لِلسُّنَّةِ» وَقَعَ عندَ كُلِّ طُهْرٍ لم يواقِعْها فيه طَلْقَةٌ.

ولو قالَ: «أنتِ طالِقٌ ثَلاثًا لِلسُّنَّةِ» وَنَوى الوقوعَ لِلحالِ يَقَعُ عندَنا خِلافًا لِزُفَرَ؛ لأنَّ السُّنَّةَ نوعانِ: سُنَّةُ إيقاعٍ وسُنَّةُ وقوعٍ، فإنَّ وقوعَ الثلاثِ عَرَفْناه جائِزًا مَشروعًا بالسُّنَّةِ، وسُنَّةُ الإيقاعِ ما ذكَرْنا، فإذا نَوى صَحَّتْ نِيَّتُه.

---

(١) زاد في «أ»: (استحسان).

(٢) أخرجه البخاري (٥٢٥١)، ومسلم (١٤٧١)، ولفظ البخاريِّ: «مُره فلْيراجعْها، ثم لِيُمسكْها حتى تَطهُر، ثم تَحيضَ ثم تَطهُرَ، ثم إنْ شاءَ أَمسَكَ بَعدُ، وإنْ شاءَ طَلَّقَ قبلَ أنْ يَمسَّ، فتلكَ العدَّةُ التي أَمَر اللهُ أن تُطلَّقَ لها النِّساءُ».

ولو قالَ: «أنتِ طالِقٌ لِلسُّنَّةِ» وَنَوى الثلاثَ صَحَّ، لِما ذكرْنا أنَّ سُنَّةَ الإيقاعِ نَوعانِ: حَسَنٌ وأَحْسَنُ، فإذا لم يَكُنْ له نِيَّةٌ يَقَعُ على الأَحْسَنِ وهو الطَّلاقُ الواحِدُ في طُهْرٍ لم يُجامِعْها فيه، وإذا نَوى الثلاثَ فَقَدْ نَوى إيقاعَه في ثلاثةِ أطهارٍ يَقَعُ عندَ كُلِّ طُهْرٍ واحدةٌ، كأنَّه قالَ: «أنتِ طالِقٌ ثلاثًا في ثلاثةِ أطهارٍ».

ولو قال: «أنتِ طالِقٌ لِلبدعَةِ» وَنَوى الثلاثَ صَحَّ؛ لأنَّ إيقاعَ الثلاثِ جُملَةً في طُهْرٍ واحِدٍ بِدعَةٌ، والطلاقُ في حالةِ الحَيضِ بِدعَةٌ، فإذا نَوَى الثلاثَ فَقَدْ نَوى ما يَحتَمِلُه كَلامُه فَصَحَّتْ نِيَّتُه.

فأما في حَقِّ الآيسَةِ والصغيرةِ إذا قالَ: «أنتِ طالِقٌ ثلاثًا لِلسُّنَّةِ» يَقَعُ لِلحالِ واحِدَةٌ، وعندَ كُلِّ شَهرٍ أخرى، لِقيامِه مَقامَ الطُّهْرِ، وكذا في حَقِّ الحامِلِ عندَ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ لِما قُلنا.

وعلى هذا إذا قالَ: «أنتِ طالِقٌ طَلاقَ العِدَّةِ» أو «طَلاقَ العَدْلِ» أو «طَلاقَ الإسلام» أو «طَلاقَ الحَقِّ» أو «طلاقَ القُرآنِ» أو «أجمَلَ الطَّلاقِ» أو «أعدَلَ الطَّلاقِ» أو «أَحسَنَ الطَّلاقِ»، فَالجَوابُ فيه مِثلُ قَولِه: «أنتِ طالِقٌ لِلسُّنَّةِ».

ثُم يَتنَوَّعُ الطَّلاقُ أيضًا إلى نَوعَينِ آخرَين: رَجعيٍ وبائِنٍ.

أما الرَّجعيُّ فهو صَريحُ الطَّلاقِ إذا كانَ واحدًا أو اثنينِ، والصَّريحُ ما اشتُقَّ مِنْ لفظِ الطَّلاقِ، نحوَ قولِه: «أنتِ طالِقٌ» و«أنتِ مُطَلَّقَةٌ» و«طَلَّقتُكِ» ونحوَ ذلكَ.

وكذلِكَ إذا قالَ: «أنتِ الطَّلاقُ»، لأنَّ المَصْدَرَ قد يُرادُ به المَفعولُ، كأنَّه قالَ: «أنتِ مُطَلَّقَةٌ»، وقدْ يُرادُ به الفاعِلُ، كأنَّه قالَ: «أنتِ طالِقٌ».

وكذلِكَ الألفاظُ الثلاثَةُ التي تُسمَّى كِنايَةً، نحوَ قولِكَ: «اعتَدِّي» و«استَبرئي رَحِمَكِ» و«أنتِ واحِدَةٌ»، فإنَّه يكونُ رَجعيًّا؛ لأنَّ قَولَه: «اعتَدِّي» إنْ كانَ بعدَ الدُّخولِ

فَيَقَعُ الطَّلاقُ به بِطَرِيقِ الاقتِضاءِ؛ لأنَّ الأمرَ بِالاعتِدادِ يكونُ بعدَ الطَّلاقِ، فَيَصيرُ الطَّلاقُ ثابِتًا مُقتَضى صِحَّةِ الأمرِ، كأنَّه قالَ: «طَلَّقتُكِ فاعتَدِّي»، وإنْ كانَ قبلَ الدُّخولِ فهوَ مَجازٌ عن الطَّلاقِ.

وكذا قولُه: «استَبرِئي رَحِمَكِ»، وقولُه: «أنتِ واحِدَةٌ»، أي: «طالِقٌ طَلقَةً واحِدَةً».

ثُم ما كانَ مِنَ الصَّريحِ فلا يُحتاجُ فيه إلى النِّيَّةِ، وأما في هذهِ الألفاظِ الثلاثَةِ فيُحتاجُ إلى النِّيَّةِ.

ولو نَوى بِقَولِه: «أنتِ طالِقٌ» ونَظائِرُه ثلاثَ طَلْقاتٍ أو طَلْقَتَينِ لا يَصِحُّ عندَنا، وعند زُفَرَ والشافعيِّ يَصِحُّ[1].

فأما إذا ذَكَرَ لَفظةَ الأمرَ بأَنْ قالَ: «طَلِّقي نَفسَكِ» أو قالَ لِرَجُلٍ: «طَلِّق امرَأتي» ونَوى الثلاثَ صَحَّ، وكذلِكَ إذا قَرَنَ به المَصْدَرَ بأنْ قالَ: «أنتِ طالِقٌ طَلاقًا»، وكذا إذا ذَكَرَ المَصْدَرَ وَحدَه بأنْ قالَ: «أنتِ الطَّلاقُ» ونَوى الثلاثَ صَحَّ بالإجماعِ.

ولا خِلافَ في الكِناياتِ المُنبِئَةِ عَن البَينونَةِ والحُرمَةِ، نحوَ قولِكَ: «أنتِ بائِنٌ»، «أنتِ عَلَيَّ حَرامٌ»، وَنَوى الثلاثَ أنَّه تَقَعُ الثلاثُ، والمَسأَلَةُ مَعروفَةٌ.

ولو قالَ: «أنتِ طالِقٌ»، وقالَ: «أردتُ طَلاقًا عن وِثاقٍ» يُصَدَّقُ فيما بينَه وبينَ الله تعالى دونَ القَضاءِ؛ لأنَّه صَرَفَ الكلامَ عن ظاهِرِه شَرْعًا.

ولو قالَ: «أنتِ طالِقٌ»، وقالَ: «أرَدتُ الطَّلاقَ عنِ العَمَلِ» لا يُصَدَّقُ أصلًا، كذا قالَ أصحابُنا، ورَوى الحسنُ عن أبي حنيفةَ وقالَ: يُصَدَّقُ فيما بينَه وبينَ اللهِ تعالى في الفَصْلَينِ.

---

(١) انظر: الأم للشافعي (٥/ ١٩٥)، وتحفة المحتاج في شرح المنهاج وحواشي الشرواني والعبادي (٨/ ٨٢-٨٣)، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (٧/ ٨).

ولو قالَ: «أنتِ مُطْلَقَةٌ» وخَفَّفَه لا يَقَعُ بِدونِ النِّيَّةِ.

ولو قالَ: «أنتِ أطلَقُ مِن امرأةِ فلانٍ»، وامرأةُ فلانٍ مُطَلَّقَةٌ فإنَّه يَقِفُ على النِّيَّةِ، إلا إذا كانَ في حالِ سؤالِ الطَّلاقِ منها، فإنَّه يَقَعُ مِنْ غَيرِ نِيَّةٍ.

ولو قالَ: «يا مُطَلَّقَةُ»، أو «يا طالِقُ»، وقالَ: أرَدتُ به الشَّتْمَ يُصَدَّقُ فيما بينَه وبينَ اللهِ تعالى، ولا يُصَدَّقُ في القَضاءِ إنْ لمْ يَكُنْ لها زَوجٌ قَبْلَه، فأما إذا كانَ لها زوجٌ قَبْلَه يُصَدَّقُ في القَضاءِ.

ولو قالَ: «أنتِ طالِقٌ طالِقٌ»، أو «طَلَّقْتُكِ طَلَّقْتُكِ»، وعَنى بالثاني الإخبارَ يُصَدَّقُ فيما بينَه وبينَ اللهِ تعالى دونَ القضاءِ.

ولو قالَ: «أنتِ طالِقٌ»، فقالَ رَجُلٌ: ما قُلتَ؟ قالَ: «قُلتُ هي طالِقٌ»، أو قالَ: «قد طَلَّقْتُها» فهي واحدَةٌ في القضاءِ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ يَدُلُّ عليه.

وأما حُكمُ الطَّلاقِ الرَّجعيِّ:

فإنَّه يوجِبُ الحُرمَةَ وزَوالَ المِلكِ عندَ انقِضاءِ العِدَّةِ، وفي الحالِ يَنعَقِدُ سَببًا لِزوالِ المِلكِ، ويَتِمُّ عليه[1] عندَ انقضاءِ العِدَّةِ، وكذا يَنعَقِدُ سَببًا لِزوالِ حِلِّ المَحَلِّيَةِ عندَ انضمامِ الطَّلْقَةِ الثانيةِ والثالثةِ إليه، فأما في الحالِ لا يزولُ شَيءٌ مِنَ الحِلِّ والمِلكِ، وهذا عندَنا.

وقالَ الشافعيُّ: حُكمُه لِلحالِ زوالُ حِلِّ الوَطءِ وزَوالُ المِلكِ مِن وَجهٍ[2].

وعلى هذا يَبتَني حِلُّ الوَطءِ عندَنا لِقيامِ مِلكِ النِّكاحِ مِنْ كُلِّ وَجهٍ، وإنَّما يَزولُ عندَ انقضاءِ العِدَّةِ، فيكونُ الحِلُّ قائمًا قبلَ انقضاءِ العِدَّةِ، وتكونُ الرَّجعَةُ استدامَةَ المِلكِ،

---

(١) في «أ»: (عمله).

(٢) انظر: الوسيط في المذهب (٥/ ٤٦٥)، وروضة الطالبين وعمدة المفتين (٨/ ٢٢٢).

وعندَه الرَّجعَةُ إنشاءُ النِّكاحِ مِنْ وَجهٍ واستبقاءٌ مِنْ وَجهٍ، فنقولُ بالحُرمَةِ احتياطًا.

وعلى هذا يَبتَني أنَّ الإشهادَ ليسَ بِشَرْطٍ في الرَّجعَةِ عندَنا، وعندَه شَرْطٌ لمَّا كانَ إنشاءَ النِّكاحِ مِنْ وَجهٍ[1].

وأجمَعوا أنَّه يَملِكُ المُراجَعَةَ مِنْ غَيرِ رِضا المَرأةِ ومِنْ غَيرِ مَهْرٍ ومِنْ غَيرِ تَجديدِ العَقْدِ، وهو أنْ يقولَ لامرَأتِه: «راجَعْتُكِ»، أو عِبارَةً تقومُ مَقامَها في هذا المَعنى، والأفضلُ أنْ يُشهِدَ على رَجعَتِها، وأنْ يُعلِمَها بذلِكَ.

على هذا إنَّ الرَّجعَةَ لا تَثبُتُ بالفِعلِ عندَه؛ لأنَّ إنشاءَ النِّكاحِ مِنْ كُلِّ وَجهٍ يكونُ بالقَولِ، والرَّجعَةُ إنشاءٌ مِنْ وَجهٍ، فيجبُ أنْ تكونَ بالقَولِ أيضًا.

ولكنَّا نقولُ: عندَنا تَثبُتُ الرَّجعَةُ والإعادَةُ إلى الحالَةِ الأولى بِطَريقِ الدَّلالَةِ؛ لأنَّ الطَّلاقَ الرَّجعِيَّ مَتى زالَ المِلكُ به عندَ انقضاءِ العِدَّةِ يَثبُتُ مِنْ وَقتِ التَّكَلُّمِ مِنْ وجهٍ؛ لأنَّ الإبانَةَ فِعلُ[2] الزَّوجِ، وفِعلُهُ[3] هو الطَّلاقُ السَّابقُ، فلو لمْ تَصِحَّ الرَّجعَةُ بِالوَطءِ لَصارَ الوَطءُ واقِعًا في مِلكِ الغَيرِ مِنْ وَجهٍ، فكانَ الإقدامُ على الوَطءِ دَلالَةَ الرَّجعَةِ والرَّدِّ إلى الحالة الأولى احترازًا عَنِ الحُرمَةِ مِنْ وَجْهٍ.

وكذا لو لَمَسَها بِشَهوَةٍ أو نَظَرَ إلى فَرْجِها بِشَهوَةٍ؛ لأنَّ ذلكَ حَرامٌ أيضًا في غَيرِ المِلكِ مِنْ وَجهٍ، فأما النَّظَرُ إلى فَرجِها لا عَنْ شَهوَةٍ والنَّظَرُ إلى سائِرِ أعضائِها عَنْ شَهوَةٍ لا يوجِبُ المُراجَعَةَ؛ لأنَّ هذا مِمَّا يُباحُ في الجُملَةِ.

ولو جامَعَتِ الزَّوجَ وهو نائِمٌ أو مَجنونٌ تَثبُتُ الرَّجعَةُ، ولو لَمَسَتْه المَرأةُ بِشَهوَةٍ

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (١٠/ ٣١٩)، و البيان في مذهب الإمام الشافعي (١٠/ ٢٤٩).

(٢) في «ز»: (قول).

(٣) في «ز»: (وقوله).

مُختَلَسَةٍ أو كانَ نائِمًا واعترَفَ[١] أنَّه كانَ بِشَهوَةٍ فهوَ رَجْعَةٌ عندَ أبي حنيفةَ، وهو رِوايَةٌ عن أبي يوسفَ، وقال محمدٌ[٢]: ليسَ بِرَجعَةٍ، وقد ذكَرْنا المَسألَةَ في كتابِ البُيوعِ في الجاريَةِ المُشتراةِ بِشَرطِ الخِيارِ لِلمُشتري إذا لَمَسَتِ المُشتَريَ بِشَهوةٍ على الاختلاسِ[٣]، فلا نُعيدُه[٤].

ثُم إنَّما تَصِحُّ الرَّجعَةُ إذا راجَعَها في العِدَّةِ، فلا تَصِحُّ بعدَ انقضاءِ العِدَّةِ لأنَّه زالَ المِلكُ، فَلا بُدَّ مِنْ تَجديدِ العَقْدِ.

ولو أنَّها إذا طَهُرَتْ مِنَ الحَيضَةِ الثالِثَةِ، فقالَ: «راجَعْتُكِ»، لا يَخلُو إما أنْ تكونَ أيامُها عَشَرَةً أو ما دونَ العَشَرَةِ:

ـ فإنْ كانَتْ أيامُها عَشَرَةً فإنَّه لا تَصِحُّ الرَّجعَةُ وتَحِلُّ لِلأزواجِ؛ لأنَّ عِدَّتَها تَنقَضي بِمُجَرَّدِ مُضيِّ العَشَرَةِ.

ـ فأما إذا كان ما دونَ العَشَرَةِ:

❁ إنِ اغتَسَلَتْ لا تَصِحُّ الرَّجعَةُ وتَحِلُّ لِلأزواجِ.

❁ وإنْ كانَتْ قبلَ الاغتِسالِ لا تَحِلُّ لِلأزواجِ وتَصِحُّ الرَّجعَةُ؛ لأنَّ مُدَّةَ الاغتسالِ مِنَ الحَيضِ بإجماعِ الصَّحابَةِ، ولو اغتَسَلَتْ بِسُؤرِ الحِمارِ لا تَصِحُّ الرَّجعَةُ ولا تَحِلُّ لِلأزواجِ؛ لأنَّ سُؤرَ الحِمارِ مَشكوكٌ فيه، فكانَ الاحتياطُ في بابِ الحُرمَةِ ألَّا تَصِحَّ الرَّجعَةُ ولا تَحِلَّ لِلأزواجِ.

---

(١) في «أ»: (واعترفت).

(٢) في «س»: (عند أبي حنيفةَ ومحمد وقال أبو يوسفَ ليس برجعة) بدل: (عند أبي حنيفةَ، وهو رواية عن أبي يوسفَ، وقال محمد).

(٣) في «أ» و«س»: (الاختلاف).

(٤) في «ز»: (يعتد به).

ولو اغتَسَلَت وبَقِيَ مِنْ بَدَنِها عُضوٌ كانَتْ له الرَّجعَةُ، وإنْ كانَ أقَلَّ مِنْ عُضوٍ فلا رَجعَةَ، وهذا استحسانٌ، والقياسُ أنَّه إذا بَقِيَ أقَلُّ مِنْ عُضوٍ أنْ تَبقى الرَّجعَةُ؛ لأنَّ الحَدَثَ باقٍ حتى لا تَحِلُّ لها الصَّلاةُ، هكذا رُوِي عن أبي يوسفَ.

وقالَ محمدٌ: الاستحسانُ في العُضوِ أنَّه لا تَنقَطِعُ الرَّجعَةُ، والقياسُ أنْ تَنقَطِعَ كَما في المَضْمَضَةِ والاستِنشاقِ، إلا أنَّهم استَحسَنوا وقالوا: لا تَنقَطِعُ الرَّجعَةُ؛ لأنَّ وُجوبَ غَسْلِ العُضوِ مُجمَعٌ علَيه، فلا يكونُ الاغتِسالُ مُعتَبرًا معه، كما لو زادَ على العُضوِ.

وأما إذا بَقِيَ المَضمَضَةُ والاستنشاقُ، رُوِيَ عن محمدٍ أنَّه قالَ: تَنقَطِعُ الرَّجعَةُ ولا تَحِلُّ لِلأزواجِ؛ لأنَّ المَضمَضَةَ مُختلَفٌ في وُجوبِها، فكانَ الاحتياطُ أنْ تَنقَطِعَ الرَّجعَةُ ولا تَحِلَّ لِلأزواجِ، هذا الذي ذكَرْنا حُكمُ الاغتسالِ.

ولو مضى وقتُ صلاةٍ كامِلٌ قبلَ أنْ تغتَسِلَ فإنَّه تَنقَطِعُ الرَّجعَةُ؛ لأنَّ الصلاةَ صارَتْ دَينًا، فيكونُ لها حُكْمُ الطَّاهِراتِ مُطلقًا.

فأما إذا تَيَمَّمَتْ بأنْ كانَتْ مُسافِرَةً إنْ صَلَّتْ تَنقَطِعُ الرَّجعَةُ أيضًا، وأما بِنَفسِ التَّيَمُّمِ عندَ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ لا تَنقَطِعُ، وعندَ محمدٍ وزُفَرَ تَنقَطِعُ، والمَسألَةُ مَعروفَةٌ.

ولو قالَ الزَّوجُ: «قد كُنتُ راجَعتُكِ أمسِ» فكَذَّبَتْه المَرأَةُ إنْ كانَتْ في العِدَّةِ فَالقَولُ قَولُه؛ لأنَّه أخبَرَ بما يَملِكُ إنشاءه للحالِ، وإنْ قال بعدَ انقِضاءِ العِدَّة وكذَّبَتْه المَرأةُ فالقَولُ قَولُها؛ لأنَّه أخبرَ بِما لا يَملِكُ إنشاءَهُ لِلحالِ، ولا يَمينَ علَيها عندَ أبي حنيفةَ خِلافًا لهُما.

وهذه مِنْ جُملَةِ المسائِلِ السَّبعَةِ التي لا يُستَحْلَفُ فيها عندَه.

ولو قالَ: «قد راجَعتُكِ»، فقالَتْ مُجيبَةً له: «قد انقَضَتْ عِدَّتي» فالقَولُ قَولُها عندَ أبي حنيفةَ، وقالَ أبو يوسفَ: القَولُ قَولُ الزَّوجِ، والمَسألَةُ مَعروفَةٌ.

ومِنْ حُكمِ الطَّلاقِ الرَّجعيِّ أنْ تكونَ الأقراءُ مَحسوبَةً مِنَ العِدَّةِ، لأنَّ الطَّلاقَ واقِعٌ في حَقِّ أحَدِ الحَكَمَينِ، وهو انعقادُه سَببًا لِزوالِ حِلِّ التَّزَوُّجِ.

وأما الطَّلاقُ البائِنُ فنذكُرُ أقسامَه وأحكامَه فنَقولُ: الطَّلاقُ البائِنُ أقسامٌ ثلاثةٌ:

ـ أحدُها: أنْ يُقرَنَ بِصَريحِ الطَّلاقِ ومَا يَدُلُّ على البَينونَةِ.

ـ والثاني: أنْ يَكونَ اللَّفظُ مُنبِئًا عَنِ البَينونَةِ.

ـ والثالثُ: ما تقعُ به البَينونَةُ مِنْ طَريقِ الحُكْمِ.

أما الأولُ: إذا اقترَنَ بالصَّريحِ العَدَدُ الثَّلاثُ بأنْ قالَ: «أنتِ طالِقٌ ثَلاثًا»، أو اقترَنَ باللَّفظِ المُنبِئِ عَنِ البَينونَةِ صِفَةٌ لِلمَرأةِ مِنْ غيرِ حَرفِ العَطفِ كقوله: «أنتِ طالِقٌ بائِنٌ»، أو «أنتِ طالِقٌ البَتَّة»، أو «طالِقٌ حَرامٌ».

وعن أبي يوسفَ: إذا قالَ «أنتِ طالِقٌ للبِدعَةِ» ونَوى واحدَةً بائِنَةً تكونُ بائنَةً، وروى هِشامٌ عن محمدٍ في هذه المَسألَةِ أنَّه واحِدَةٌ رَجعيَّةٌ.

ولو قالَ: «أنتِ طالِقٌ أقبَحَ الطَّلاقِ»، رُويَ عن أبي يوسفَ أنَّه رَجعيٌّ، وقالَ محمدٌ: إنَّه بائِنٌ.

والقِسمُ الثَّاني: أنْ يُوقَعَ بألفاظٍ دالَّةٍ على القَطعِ والبَينونَةِ والحُرمَةِ، وهي تُسَمَّى كِناياتُ الطَّلاقِ، وهي في الجُملَةِ أقسامٌ ثلاثةٌ:

ـ منها ما يَصلُحُ للشَّتمِ والتَّبعيدِ والطَّلاقِ.

ـ ومنها ما يَصلُحُ للتَّبعيدِ والطَّلاقِ ولا يَصلُحُ للشَّتمِ.

ـ ومنها ما لا يَصلُحُ للطَّلاقِ.

والأحوالُ ثلاثةٌ: حالُ ذِكرِ الطَّلاقِ، وحالُ الغَضَبِ، وحالُ ابتداءِ الزَّوجِ بِالطَّلاقِ، ليسَ بِحالِ سُؤالِ الطَّلاقِ ولا حالِ الغَضَبِ، وهاهنا حُكمان:

ـ أحدُهما أنَّ وُقوعَ الطَّلاقِ بهذه الألفاظِ يَفتَقِرُ إلى نيَّةِ الطَّلاق أم لا؟

ـ والثاني إذا قالَ المُتكَلِّمُ: «ما عَنَيتُ بها الطَّلاقَ» هل يُصَدَّقُ أم لا؟

فنقولُ: أما بيانُ الحُكمِ الأولِ إذا ذَكَرَ لَفظًا يَصلُحُ لِلطَّلاقِ في غيرِ حالِ ذِكرِ الطَّلاقِ وحالِ الغَضَبِ كيفَما كانَ إذا نَوى به الطَّلاقَ يقعُ، وإنْ لمْ تَكُنْ له نيَّةٌ لا يقعُ؛ لأنَّه كَما يَصلُحُ لِلفُرقَةِ يَصلُحُ لِأمرٍ آخَرَ، فإنَّ قَولَه: «بائِنٌ»، يَحتَمِلُ بينونَةَ الطَّلاقِ، ويَحتَمِلُ البينونَةَ عنِ الخيرِ أو عنِ الشَّرِّ، وكذلكَ قَولُه: «اذهبي»، و«اغرُبي»، و«الْحَقي بِأهلِكِ»، فإنَّه كما يَصلُحُ لِلطَّلاقِ يَصلُحُ لِلإبعادِ عَن نَفسِه، والتَّغريبُ مِنْ غيرِ طَلاقٍ مُحتَمَلٌ، والمُحتَمَلُ لا يقعُ بِدونِ النِّيَّةِ.

وإنْ كانَ لَفظًا لا يَصلُحُ لِلطَّلاقِ فإنَّه لا يقعُ الطَّلاقُ وإنْ نَوى؛ لأنَّ الطَّلاقَ يقعُ بِاللَّفظِ لا بِالنِّيَّةِ، كَقَولِه: «اسقِيني» وَ«اقعُدي»، و«أعرَضتُ عَنْ طَلاقِكِ»، وَ«صَفَحْتُ عَن فِراقِكِ»، وَ«تَركتُ طَلاقَكِ»، وَ«خَلَّيتُ سَبيلَ طَلاقِكِ»، ونحوِ ذلك.

وأما في حالِ ذِكرِ الطَّلاقِ وحالِ الغَضَبِ في تِسعَةِ ألفاظٍ مِنَ الكِناياتِ يقعُ الطَّلاقُ بِلا نيَّةٍ، وهي قَولُه: «أنتِ بائِنٌ»، و«عَلَيَّ حَرامٌ»، و«خَليَّةٌ»، وَ«بَريَّةٌ»، و«بَتَّةٌ»، و«أمرُكِ بِيَدِكِ»، و«اختاري»، و«اعتَدِّي»، و«استَبرِئي رَحِمَكِ»؛ لأنَّ هذهِ الألفاظَ كَما تَصلُحُ لِلطَّلاقِ تَصلُحُ لِغيرِه، والحالُ تَدُلُّ على الطَّلاقِ ظاهِرًا؛ لأنَّه حالَ سُؤالِ الطَّلاقِ وحالَ الغَضَبِ والخُصومَةِ، فكانَ الظَّاهِرُ أنَّه قاصِدٌ لِلطَّلاقِ بِذلِكَ، فَتَرجَّحَ جانِبُ الطَّلاقِ على غيرٍ.

وأما في سائِرِ الألفاظِ نحوُ قولِه: «لا سَبيلَ لي علَيكِ»، و«فارَقْتُكِ»، و«خَلَّيتُ سَبيلَكِ»، و«لا مِلكَ لي علَيكِ»، و«الْحَقِي بِأهلِكِ»، وَ«وَهبتُكِ لِأهلِكِ»، و«اغرُبي»، و«اخرُجي»، و«اذهَبي»، و«قُومي»، و«استَتِري»، و«تَقَنَّعي»، و«تزَوَّجي»، و«لا نِكاحَ لي علَيكِ»، ونحوُ ذلك، لا يقعُ إلا بالنِّيَّةِ؛ لأنَّها كما تَصلُحُ لِلطَّلاقِ تَصلُحُ لِلتَّبعيدِ عن نَفسِه، والحالُ لا يَدُلُّ على الطَّلاقِ، لِكَونِه مُحتَمَلًا فلا بُدَّ مِنَ النِّيَّةِ.

وأما الحكمُ الثاني: وهو أنَّه إذا قالَ: ما عَنَيتُ به الطلاقَ هل يُصَدَّقُ؟ فَنَقولُ: في كُلِّ لفظٍ يَصلُحُ لِلطَّلاقِ يُصَدَّقُ فيما بينَه وبينَ الله تعالى؛ لأنَّه نَوى ما يَحتَمِلُه لَفظُه، وإنْ

كانَ خِلافَ الظَّاهِرِ، وأما في القَضاءِ هل يُصَدَّقُ؟ فهو على أقسامٍ ثلاثةٍ:

- قِسمٌ منه لا يُدَيَّنُ في الأحوالِ كُلِّها، وهو أربَعةُ ألفاظٍ قَولُه: «أمرُكِ بِيَدِكِ»، و«اختاري»، و«اعتَدِّي»، و«استَبرئي رَحِمَكِ»؛ لأنَّ هذه الألفاظَ لا تَصلُحُ لِلشَّتمِ ولا لِلتَّبعيدِ، فالظَّاهرُ منها الطَّلاقُ، والحالُ لا يَدُلُّ عليه، فَلا يُصَدَّقُ في القَضاء.

- وقسم منه يُدَيَّنُ في حالِ الغَضَبِ ولا يُدَيَّنُ في حالِ ذِكرِ الطَّلاقِ، وذلكَ في كُلِّ لفظٍ يَصلُحُ لِلشَّتمِ، وهي خَمسَةُ ألفاظٍ: «أنتِ خَليَّةٌ»، وَ«بَريَّة»، وَ«بَتَّةٌ»، و«بائِنٌ»، و«أنتِ عَلَيَّ حَرامٌ»؛ لأنَّ هذه الألفاظَ تَصلُحُ لِلشَّتمِ وتَصلُحُ لِلطَّلاقِ، وحالَ الغَضَبِ تَصلُحُ للأمرَينِ، فكانَ الحالُ مُحتَمِلًا، واللَّفظُ مُحتَمِلًا لِلطَّلاقِ وغيرِه، فلا يكونُ قولُه[1] خِلافَ الظَّاهِرِ فيُصَدَّقُ، وأما حالَ ذِكرِ الطَّلاقِ فَذِكْرُ هذه الألفاظِ مع الرِّضا لا يَصلُحُ إلا لِلطَّلاقِ فَحُمِلَ عليه دونَ الشَّتمِ.

- وقِسمٌ منه يُدَيَّنُ في حالِ الغَضَبِ وحالِ ذِكرِ الطَّلاقِ، وهي الألفاظُ التي تَصلُحُ للتَّبعيدِ والطَّلاقِ دونَ الشَّتمِ؛ لأنَّ هذه الألفاظَ تَصلُحُ للتَّبعيدِ وتَصلُحُ للطَّلاقِ، فلا يَترَجَّحُ أَحَدُ الأمرينِ بالحالِ، وقد نَوى ما يَحتَمِلُه كَلامُه، والظَّاهرُ لا يُخالِفُه فَيُصَدَّقُ في القَضاء.

وأما البائنُ الذي يقعُ حُكمًا فَكثيرٌ، كاعتِراضِ حُرمَةِ المُصاهَرَةِ والرَّضاعِ واللِّعانِ والرِّدَّةِ ونحوِ ذلك؛ لأنَّ الغَرَضَ هو المُفارَقَةُ بينَهُما، فلا بُدَّ مِنْ ثُبوتِ البَينونَةِ عن وُصْلَةِ النِّكاحِ، لكنَّ بَعضَها يَكونُ طَلاقًا بالإجماعِ بينَ أصحابِنا، وبَعضها يَكونُ فَسخًا بالإجماعِ، وبَعضها مُختَلَفٌ فيه.

أما الأول: كَتَفريقِ القاضي بسَبَبِ العُنَّةِ، وإذا مَضَتْ مُدَّةُ الإيلاءِ بانَتْ بِتَطليقَةٍ بائِنَةٍ عندَنا؛ لأنَّه حَصَلَ بِفِعلِ[2] الزَّوجِ، فإنَّ القاضيَ نائِبٌ عنِ الزَّوجِ في التَّفريقِ الواجِبِ عليه.

---

(١) في «ز»: (نيته).

(٢) في «ز»: (بقول).

وأمَّا ما يَكونُ فَسخًا بالإجماعِ كالفُرقَةِ التي تقعُ مُحَرَّمَةً مُؤبَّدَةً مثلَ حُرمَةِ المُصاهَرَةِ وحُرمَةِ الرَّضاعِ؛ لأنَّها خِلافُ حُكمِ الطَّلاقِ، وكذلكَ كُلُّ فُرقَةٍ حَصَلَتْ بِفِعلِ المَرأةِ أو حَصَلَتْ لا بِفِعلِ الزَّوجَينِ فَهي فَسخٌ؛ لأنَّ المَرأةَ لا تَملِكُ الطَّلاقَ، والطَّلاقُ لا بُدَّ له مِن فِعلِ[1] الزَّوجِ، وذلكَ نحوُ اختيارِ الأَمَةِ المُعتَقَةِ نَفسَها، واختيارِ الصَّغيرَةِ إذا أدركَتْ، ورِدَّةِ المَرأةِ وإبائِها الإسلامَ بعدَ إسلامِ الزَّوجِ، والفُرقَةِ الواقِعَةِ باختلافِ الدَّارَينِ؛ لأنَّه ليسَ بِفِعلِ أَحَدٍ، وكذا مِلكُ أَحَدِ الزَّوجَينِ صاحِبَه؛ لأنَّه يقعُ لا بِفِعلِ أَحَدٍ، وكذا إذا أسلَمَ الحَربيُّ وتحتَه أكثرُ مِنْ أربَعِ نِسوَةٍ، فاختارَ أربَعًا منهُنَّ تقعُ الفُرقَةُ على الباقياتِ بِغَيرِ طَلاقٍ؛ لأنَّ الحُرمَةَ ثَبَتَتْ شَرعًا، وإنَّما اختيارُ الزَّوجِ[2] لِلبيانِ، لا أنَّه طَلاقٌ.

وكذا اختيارُ الصَّغيرةِ[3] نَفسَها بعدَ البُلوغِ، وإنْ كانَ فِعلَها؛ لأنَّه رَفعٌ لِلنِّكاحِ مِنْ وَجهٍ، والفَسخُ يَثبُتُ بِطَريقِ الضَّرورَةِ.

وأما المُختَلَفُ فيهِ نحوُ الفُرقَةِ بِسَبَبِ اللِّعانِ عندَ أبي حنيفةَ ومحمدٍ يَكونُ طَلاقًا، وعندَ أبي يوسفَ يَكونُ فَسخًا؛ لأنَّه يَثبُتُ حُرمَةً مُؤَبَّدَةً عندَه خِلافًا لهُما.

وكذلكَ رِدَّةُ الزَّوجِ عندَ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ فُرقَةٌ بائِنَةٌ بِغَيرِ طَلاقٍ، وقال محمدٌ: هي طَلاقٌ بائِنٌ.

وإباءُ الزَّوجِ الإسلامَ إذا أسلَمَتِ امرَأتُه الذِّمِّيَّةُ فهو طَلاقٌ بائِنٌ عندَ أبي حنيفةَ ومحمدٍ، وعندَ أبي يوسفَ فُرقَةٌ بائِنَةٌ بِغَيرِ طَلاقٍ، فَمحمدٌ سَوَّى بينَهما وجَعَلَهُما طَلاقًا[4]، وأبو يوسفَ وجَعَلَهُما فَسخًا، وأبو حنيفةَ فَرَّقَ بينَهُما فقالَ: رِدَّةُ الزَّوجِ فَسخٌ، وإباؤه الإسلامَ طَلاقٌ.

---

(١) في «س»: (قول).

(٢) في «أ»: (الطلاق).

(٣) في «س»: (الصغير).

(٤) في «ز»: (طلاقًا بائنًا).

وأما بيانُ أحكامِ الطَّلاقِ البائِنِ فَنَقولُ:

إنْ كانَ واحِدًا يَزولُ به مِلكُ النِّكاحِ وَتَبقى المَرأةُ مَحَلًّا للنِّكاحِ بِطَلاقَينِ، حتى لا يَحِلُ له الاستِمتاعُ بها ولا يَصِحُّ الإيلاءُ والظِّهارُ، ولا يَجري التَّوارُثُ ولا يَحِلُّ إلا بِتَجديدِ النِّكاحِ، ولو وَطِئَها لا يَجِبُ الحَدُّ لاختلافِ الصَّحابة في الكناياتِ أنَّها بَوائِنُ أو رَواجِعُ، وأصحابُنا أخَذوا بقولِ مَنْ قالَ: إنَّها بَوائِنُ، والشافعيُّ أَخَذَ بقولِ مَنْ قالَ: إنَّها رَواجِعُ(١).

وإنْ كانَتِ البَينونَةُ بِالثلاثِ يَزولُ المِلكُ وحِلُّ المَحَلِّيَّةِ جَميعًا، حتى لا يَحِلُ له وَطؤُها إلا بعدَ إصابَةِ الزَّوجِ الثاني، وإنْ وُجِدَ عَقدُ النِّكاحِ أو مِلكُ اليَمينِ فإنَّ النِّكاحَ لا يَصِحُّ لِعَدَمِ حِلِّ المَحَلِّيَّةِ، وسَبَبُ مِلكِ اليَمينِ يَصِحُّ ولا يُفيدُ الحِلَّ.

ومنها أنَّ المُبانَةَ والمُختَلَعَةَ يَلحَقُها صريحُ الطَّلاقِ ما دامَتْ في العِدَّةِ عندَنا خلافًا للشافعيِّ(٢)، وأجمَعوا أنَّه لا تَلحَقُها الكناياتُ المُزيلَةُ لِلنِّكاحِ، والمسألةُ معروفةٌ.

ومنها أنَّ الطَّلاقَ البائِنَ هل يُكرَه إذا خَلا عَنِ العَدَدَ والعِوَضِ؟ فيه رِوايتانِ، في ظاهِرِ الرِّوايةِ لا يُكرَه، وفي رِوايةِ «الزِّياداتِ» يُكرَه، وإذا اقتَرَنَ به العَدَدُ يُكرَه بالإجماعِ، وإذا اقتَرَنَ به العِوَضُ وهو الخُلعُ لا يُكرَه على ما نَذكُرُ.

ثُم وُقوعُ الطَّلاقِ بما ذكَرْنا مِنَ الألفاظِ يَستوي الجَوابُ فيه بينَ أنْ يوجَدَ مِنَ الزَّوجِ أو مِن نائِبِه وهو الوَكيلُ والرَّسولُ.

وكذلكَ إذا كُتِبَ وهو أنواعٌ:

إنْ لم يَكُنْ مُستَبينَ الحُروفِ كما إذا كُتِبَ على الماءِ والهَواءِ فهذا ليسَ بِشَيءٍ؛ لأنَّه لا يُسَمَّى كتابةً.

---

(١) انظر: كفاية النبيه في شرح التنبيه (١٤/ ٢٥٦).

(٢) انظر: اللباب في الفقه الشافعي (٣٢٥)، والحاوي الكبير (١٠/ ٨-٩)، و التهذيب في فقه الإمام الشافعي (٥/ ٥٦٠).

وإنْ كانَ مُستَبينَ الخَطِّ ولكنْ لا يَكونُ على رَسمِ الكتابةِ، بأنْ كُتِبَ في كتابٍ أو على لَوحٍ أو حائطٍ أو أرضٍ، فهو في حُكمِ الكتابةِ؛ لأنَّ الإنسانَ قد يَكتُبُ لِتَجويدِ الخَطِّ ولِتَجربَةِ الحِبرِ والقَلَمِ، إنْ نَوى الطَّلاق يقعُ وإلا فَلا.

وأما إذا كانَ على رَسمِ الكتابةِ والرِّسالةِ بأنْ كَتَبَ: «أما بعدُ فُلانةٌ طالِقٌ»، أو «إذا وَصَلَ إليكِ كتابي هذا فأنتِ طالِقٌ»، فإنَّه يقعُ الطَّلاقُ به ولا يُصَدَّقُ إذا قالَ: لمْ أُرِدْ به الطَّلاقَ؛ لأنَّ الكتابَ مِنَ الغائِبِ بِمَنزلَةِ الخِطابِ مِنَ الحاضِرِ.

ثُم إذا كَتَبَ مُطلَقًا وقالَ: «أنتِ طالِقٌ على رَسمِ الكتابةِ» يقعُ الطَّلاقُ كما كَتَبَ، ولا يَتَوَقَّفُ على الوُصولِ إليها، وإنْ عَلَّقَه بِشَرطِ الوُصولِ بأنْ قالَ: «إذا وَصَلَكِ كتابي»، فإنَّه لا يقعُ الطَّلاقُ ما لم يَصِلِ الكتابُ إليها؛ لأنَّ المُعَلَّقَ بالشَّرْطِ لا يَنزِلُ قبلَ وُجودِ الشَّرْطِ.

وهذا الذي ذكرْنا حُكمُ الصَّحيحِ.

فأما المَريضُ إذا طَلَّقَ وهو صاحبُ فِراشٍ طَلاقًا رَجعيًّا أو بائِنًا أو ثَلاثًا ثُم ماتَ مِنْ ذلكَ المَرَضِ وهي في العِدَّةِ فإنَّها تَرِثُ عندَنا خِلافًا للشافعيِّ[1]، والقِياسُ مَعَه، ولكنَّا استَحْسَنَّا بإجماعِ الصَّحابَةِ، ولو زالَ المَرَضُ ثُم نُكِسَ المَريضُ وماتَ وهي في العِدَّةِ لم تَرِثْه؛ لأنَّه تَبَيَّنَ أنَّه ما طَلَّقَ في مَرَضِ المَوتِ، واللهُ أعلمُ.

❁ ❁ ❁

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (١٠/ ٢٦٣)، ونهاية المطلب في دراية المذهب (١٤/ ٢٣٢)

بابُ تفويضِ الطّلاق

هاهنا فصولٌ أربعةٌ:

ـ أحدُها: أنْ يقولَ لامرأتِهِ «أمرُكِ بيدِكِ».

ـ والثّاني: أنْ يقولَ لها: «اختاري».

ـ والثّالثُ: أنْ يقولَ: «أنتِ طالقٌ إنْ شئتِ».

ـ والرّابعُ: أنْ يقولَ: «طلِّقِي نفسَكِ».

أمّا الأوّل فهو نوعانِ:

ـ إمّا أنْ يكونَ مُطلَقًا.

ـ أو مُؤقّتًا.

أمّا إذا قالَ: «أمرُكِ بيدكِ» مُطلقًا ولم يُوقّتْهُ بوقتٍ ويُريدُ به الطّلاقَ، فإنّه يصيرُ أمرُها بيدها، ويصيرُ الطّلاقُ مُفوَّضًا إليها، وتصيرُ مالكةً للتّطليقِ ما دامت في مجلسِهَا ذلكَ وإنْ طالَ.

وهذا إذا كانت حاضرةً وسمعتِ الأمرَ مِنَ الزّوجِ وعلمت به، فأمّا إذا كانت غائبةً أو حاضرةً ولم تسمعْ فلها الخِيارُ في مجلسٍ يَبلغُها الخبرُ فيه وعلمتْ بذلك؛ لأنّ هذا تمليكُ الطّلاقَ، والتّمليكُ يقتصرُ جوابُه على المجلسِ، ويكونُ مُؤقّتًا به كما في قبولِ البيعِ.

وإذا صارَ الأمرُ في يدها، فإنِ اختارتْ نفسهَا في المجلسِ يقعُ واحدةً بائنةً إذا أراد الزَّوجُ به طلاقًا واحدًا، وكذلك إذا أرادَ اثنينِ، وإنْ أرادَ الزَّوجُ ثلاثًا فهي ثلاثٌ؛ لأنَّ هذا اللفظَ مِنَ الكناياتِ فيَحتملُ الثَّلاثَ، فلا بدَّ مِنْ نيَّةِ الطَّلاقِ على التَّفصيلِ الذي ذكرنا.

وكذلكَ إذا قالت: «طلقتُ نفسي»، أو «أبنتُ نفسي»، أو «أنا منك بائنٌ أو طالقٌ»، أو قالت: «أنتَ عليَّ حرامٌ»، أو «أنتَ منِّي بائنٌ»، فإنَّه يكون جوابًا؛ لأنَّ هذه الألفاظَ للطَّلاقِ.

فأمَّا إذا وُجِدَ منها كلامٌ أو فعلٌ يدلُّ على الإعراضِ عَنِ اختيارِ النَّفسِ فإنَّه يَبطلُ خِيارُها، ويخرجُ الأمرُ مِنْ يدهَا، وذلك نحوَ أنْ تقومَ مِنْ مجلسهَا ذلك إذا سمعتْ بالخِيارِ إنْ كانتْ قاعدةً.

وإنْ كانتْ قائمةً فركبتْ، وإنْ كانتْ سائرةً فأجابتْ، فإنْ أجابتْ على الفورِ أو وقفتْ للتَّأمُّلِ في ذلك، وإلَّا فيَبطلُ خِيارُها؛ لأنَّ ذلكَ دليلُ الإعراضِ.

وكذلكَ إذا اشتغلتْ بافتتاحِ الصَّلاةِ أو بالأكلِ والشُّربِ، حتى لا يكونَ ذلكَ مجلسَ الأكلِ والشُّربِ، فأمَّا إذا أكلتْ شيئًا يسيرًا، أو شربتْ شُربَةً فلا يُعتبَرُ.

فإنْ قالتْ: «ادعُ لي أبوَايَ حتى أستشيرهما»، أو «ادعُ لي شُهودًا حتى أُشهدَهم عليه»، لم يبطلْ خِيارُها؛ لأنَّها تحتاجُ إلى ذلك، فلا يكونُ دليلَ الإعراضِ.

ثم إذا اختارتْ نفسهَا مرَّةً، ليس لها أنْ تختارَ ثانيًا، ويبطلُ الخِيارُ؛ لأنَّه فوَّضَ إليها الخِيارَ مرَّةً واحدةً.

وكذلكَ إذا قالَ لها: «أمرُكِ بيدك إنْ شئتِ».

فأمَّا إذا قال: «أمرُكِ بيدك كلَّما شئتِ»، فيكونُ الأمرُ في يدها في ذلك المجلسِ

وغيرِه، حتى تبينَ بثلاثٍ؛ لأنَّ كلمة «كلَّما» تقتضي التَّكرارَ، لكنَّها لا تُطلِّقُ نفسها في المجلس إلَّا مرَّة؛ لأنَّه يصيرُ كأنَّه قال لها في كلِّ مجلس: «أمرُكِ بيدك»، فما لم يتجدَّدِ المجلسُ لا يتجدَّدِ الخِيارُ.

وكذلك إذا قال لها: «أمرُكِ بيدِكِ إذا شئتِ، أو متى شئت، أو ما شئتِ، أو متى ما شئتِ»، فلها الخيارُ في المجلس وغيره، كأنَّه قال: اختاري في أيِّ وقتٍ شئتِ، إلَّا أنَّه يكونُ لها الخِيارُ مرَّةً؛ لأنَّ هذهِ الألفاظَ لا تُوجِبُ التَّكرارَ.

وأمَّا إذا كان الأمرُ باليدِ مُؤقَّتًا بأنْ قالَ: «أمرُكِ بيدكِ يومًا أو شهرًا أو سَنةً، أو هذا اليومَ، أو هذا الشَّهرَ، أو هذه السَّنةَ»، فلها الأمرُ في جميعِ الوقت، وإعراضُها عنِ الجوابِ في ذلك المجلسِ وغيره، واشتغالُها بغيرِ الجوابِ مِنَ الأعمالِ والأقوالِ لا يُبطلُ خِيارَها ما بقي شيءٌ مِنْ ذلكَ الوقتِ؛ لأنَّه فوَّض الطَّلاقَ إليها في جميعِ ذلكَ الوقتِ، غير أنَّه إذا كان الوقتُ مُنكَّرًا كقوله: «يومًا أو شهرًا»، فلها الخِيارُ مِنْ ساعته التي تكلَّمَ إلى أنْ يَتِمَّ الوقتُ، ويكونُ الشَّهرُ بالأيامِ.

فأمَّا إذا عرَّف فقال: «هذا اليومُ أو هذا الشَّهرُ أو هذه السَّنةُ» فلها الخِيارُ في بقيَّةِ اليومِ والشَّهرِ والسَّنةِ.

ولو لم تعلمْ بالوقتِ حتى مضى يبطلُ خِيارُها، ولا يتوقَّفُ ثبوتُ الخِيارِ على الوقتِ الذي علمتْ به؛ لأنَّه أثبتَ الخِيارَ في زمانٍ مُقدَّرٍ، فينتهي بانتهاءِ الوقتِ، إذ لو بقي لزادَ على مقدارِ الوقتِ.

وفي الأمرِ باليدِ مُطلقًا يتوقَّفُ[1] على مجلسِ العلمِ، فيُشترَط علمُهَا بذلك؛ لأنَّه ما قيَّده بالوقتِ.

---

(١) في «ز»: (لا يتوقف).

ولو اختارتْ زوجَها[١] في أوَّلِ الشَّهرِ أو في أوَّلِ السَّنةِ ثم أرادت أنْ تختارَ نفسَها بعد ذلك فلها ذلك في قولِ أبي حنيفةَ ومحمَّدٍ؛ لأنَّه جَعَلَ إليها الخِيارَ في جميعِ المدَّةِ فاختيارُها لزوجها في اليومِ إبطالٌ للخِيارِ فيه؛ فلا يُوجِبُ بُطلانَ الخِيارِ في يومٍ آخَرَ في ذلك الوقت، كما إذا اعترضتْ عنِ الجوابِ في يومٍ، أو اشتغلت بأمورٍ كثيرةٍ، فيبطلُ خِيارُها في ذلك اليومِ لا في باقي المدَّةِ كذا هذا.

وقال أبو يوسفَ: يخرجُ الأمرُ مِنْ يدِهَا في الشَّهرِ كلِّه؛ لأنَّ هذا تمليكٌ واحدٌ في الشَّهر، فيبطلُ بِردٍّ واحدٍ، كتمليكِ البيعِ.

وكذلكَ الخلافُ في قوله: «أمرُكِ بيدكِ كلَّما شئتِ، أو إذا شئتِ، أو متى شئتِ»، وقالوا أيضًا: إنَّ الخِلافَ على عكسِ هذا.

وأما الفصلُ الثَّاني: وهو ما إذا قال لها: «اختاري».

فنقولُ: الجوابُ في هذا وفي قوله: «أمرُكِ بيدكِ»، سواءٌ في جميعِ الأحكامِ إلَّا في موضعين:

أحدُهما: أنَّ الزَّوجَ إذا أرادَ به الثَّلاثَ لا يقعُ، وفي قوله: «أمرُكِ بيدك» يقعُ؛ لأنَّ ذلك مِنْ كناياتِ الطَّلاقِ، وأمَّا قوله: «اختاري»، فليس مِنْ ألفاظِ الطَّلاقِ، وإنَّما هو تفويضُ الطَّلاقِ بلفظٍ لا يَقتضي التَّكرارَ.

والثَّاني: أنَّه لا بدَّ مِنْ ذِكْرِ النَّفسِ هاهنا في أحدِ الكلامين، بأنْ يقولَ الزَّوجُ: «اختاري نفسكِ»، أو قالتْ: «اخترتُ نفسي»، أو قال الزَّوجُ: «اختاري»، لا غير، وأمَّا إذا قال: «اختاري»، فقالتْ: «اخترتُ»، لا يكونُ شيئًا، وكذلكَ إذا اقترنَ بالخِيارِ ما يُوجِبُ الاختصاصَ باختيارِ الطَّلاقِ فهو كافٍ، بأنْ قال: «اختاري الطَّلاقَ»، أو قال:

---

(١) في «ز»: (نفسها).

«اختاري اختياري»، فأمَّا المرأةُ إذا قالتْ: «اخترتُ نفسي» أو «طلَّقتُ نفسي»، يكونُ جوابًا، ولو قالتْ: «اخترتُ أبي أو أمِّي أو أهلي أو الأزواجَ»، القياسُ ألَّا يَقَعَ به شيءٌ، وفي الاستحسان يقعُ؛ لأنَّ المرأةَ عند الطَّلاق تَلحَقُ بهؤلاءِ، فصارَ اختيارُها لذلكَ دَلالةَ اختيارِ الطَّلاقِ، كأنَّها قالت: «اخترتُ الطَّلاقَ».

وأمَّا الفصلُ الثَّالثُ: إذا قال: «أنتِ طالقٌ إنْ شئتِ».

فالجوابُ فيه مثلُ الجوابِ في: «أمرُكِ بيدكِ»، في جميعِ الأحكامِ، إنْ كانَ مُطلقًا فعلى المجلسِ، وإنْ كان مُؤقَّتًا فثابتٌ في جميعِ الوقتِ كما ذكرنا في قوله: «أمرُكِ بيدكِ» وقوله: «اختاري»، إلَّا أنَّ هاهنا يقعُ طلاقًا رجعيًّا، وهناك يقعُ طلاقًا بائنًا، إلَّا إذا قال لها: «أمرُكِ بيدكِ في تطليقةٍ»، أو «اختاري تطليقةً» فاختارتْ نفسها يقعُ رجعيًا؛ لأنَّه فوَّضَ إليها الرَّجعيَّ.

وكذلك إذا قالَ: «أنتِ طالقٌ إنْ أردتِ، أو رضيتِ، أو هويتِ، أو أحببتِ»، فإذا قالتْ: «شئتُ أو أردتُ» في المجلسِ يقعُ الطَّلاقُ، وإنْ كان لا يُعرَفُ مشيئتُها حقيقةً؛ لأنَّ الحُكمَ مُتعلِّقٌ بالإخبارِ عنِ المشيئةِ والإرادةِ.

ولهذا إذا قال: «إنْ كنتِ تُحبينني أو تبغضينني فأنتِ طالقٌ»، فقالتْ: «أحبُّكَ»، وفي قلبها بِخلافِهِ يقعُ، ويُعتبرُ الخبرُ لا حقيقةُ المحبَّةِ، وكذا إذا قال لها: «إنْ كنتِ تُحبِّينَ أنْ يُعذِّبكِ اللهُ بالنَّارِ أو تكرهينَ دخولَ الجنَّةِ فأنتِ طالقٌ»، فقالتْ: «أحبُّ العذابَ بالنَّارِ وأكرهُ دخولَ الجنَّةِ» وقعَ الطَّلاقُ؛ لوجودِ الخبرِ.

ولو قال: «إنْ كنتِ تُحبينَني بقلبكِ فأنتِ طالقٌ»، فقالتْ: «أحبُّكَ»، وفي قلبها بخلافه، يقعُ الطَّلاقُ عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لما ذكرنا، وعند محمَّدٍ لا يقعُ؛ لأنَّه علَّقه بحقيقةِ فعلِ القلبِ ولم يُوجدْ.

وأمَّا الفصلُ الرَّابعُ: إذا قالَ: «طلِّقي نفسكِ».

فالجوابُ فيه مِثلُ الأوَّلِ؛ لأنَّ هذا تمليكُ الطَّلاقِ منها، بخلافِ ما إذا قالَ لأجنبيَّةٍ: «طلِّقي امرأتي»، حيثُ لا يَقتصرُ على المجلسِ، وفي قوله: «طلِّقي نفسكِ» يَقتصرُ؛ لأنَّ ذلك توكيلٌ، وفي حقِّ المرأةِ تمليكٌ، إلا أنَّ الفرقَ أنَّ في قوله: «طلِّقي نفسكِ»، إذا أرادَ الزَّوجُ الثَّلاثَ يقعُ ثلاثًا، ومَنْ قالَ لامرأتِه: «أنتِ طالقٌ إنْ شئتِ»، فقالتْ: «شئتُ»، وأرادَ الثَّلاثَ لا يقعُ.

ولو قال: «اختاري»، فقالتْ: «طلَّقتُ نفسي»، يقعُ، ولو قال: «طلِّقي نفسكِ»، فقالتْ: «اخترتُ»، لا يقعُ؛ لأنَّ قولها: «اخترتُ» ليس مِنْ ألفاظِ الطَّلاقِ، أَلَا ترى أنَّها لو قالتْ: «اخترتُ نفسي»، فبلَغَ الزَّوجَ فأجازَ لا يقعُ به شيءٌ، ولو قالت: «طلقتُ نفسي»، فأجازَ الزَّوجُ يقعُ، وإنَّما صار جوابًا لقوله: «اختاري» و«أمركِ بيدكِ»، بالنَّصِّ والإجماعِ بخلاف القياس، فاقتصرَ عليه.

ثم في هذه الفصولِ إذا أرادَ الزَّوجُ أنْ يَعزِلها ويُخرِجَ الأمرَ مِنْ يدهَا ويَرجِعَ عنْ ذلك لا يَصحُّ، وكذلكَ لو نهاها عنْ ذلكَ؛ لأنَّ هذا تفويضُ الطَّلاقِ وتمليكٌ له، والطَّلاقُ لا يَحتملُ الفسخَ، فإيجابُهُ كذلك.

وكذلك إذا قال: «طلِّقي نفسكِ» أو «طلِّقي نفسكِ إنْ شئتِ»، فقالت: «شئتُ»، لا يقعُ شيءٌ.

ولو قال: «أنتِ طالقٌ إنْ شئتِ»، فقالت: «شئتُ»، يقعُ؛ لأنَّ ثمَّة أمَرَها بالتَّطليقِ فلم تُوقعْ، وهاهنا علَّقَ الطَّلاقَ بمشيئتهَا وقد أتتْ بالشَّرطِ.

❀❀❀

بابُ الاستثناءِ وغيرِه

في البابِ فصولٌ مختلفةٌ:

الأوَّلُ: فصلُ الاستثناءِ

إذا قال لامرأتِهِ: «أنتِ طالقٌ إنْ شاءَ اللهُ»، إنْ كانَ موصولًا لا يقعُ، وإنْ كان مفصولًا يقعُ، سواءٌ قدَّمَ الاستثناءَ على لفظِ الطَّلاقِ أو أخَّرَ؛ لأنَّ قوله: «إنْ شاءَ اللهُ» تعليقُ الطَّلاقِ بمشيئةِ اللهِ تعالى، وإنَّها لا تُعرَفُ.

ثم الاستثناءُ المفصولُ أنْ يَفصلَ المُتكلِّمُ بينَ الاستثناءِ وما قبلَهُ، بسكوتٍ أو بكلامٍ آخَرَ، فأمَّا إذا انقطعَ الكلامُ بالتَّنفُّسِ فلا عبرةَ به؛ لأنَّه لا يُمكنُ الاحترازُ عنه.

ولو حرَّكَ لسانَهُ بالاستثناءِ، وأتى بحروفِه على الوجهِ لكنَّه لم يَسمعْ، يكونُ استثناءً؛ لأنَّ هذا كلامٌ، وليس الشَّرطُ هو السَّماعَ، ألَا ترى أنَّ الأصمَّ يصحُّ استثناؤه وإنْ لم يَسمعْ هو.

ولو قدَّمَ الاستثناءَ فقال: «إنْ شاء اللهُ فأنتِ طالقٌ»، أو قال: «... وأنتِ طالقٌ»، يصحُّ بالإجماعِ، فأمَّا إذا قال: «إنْ شاء الله أنتِ طالقٌ»، يَصحُّ على قولِ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ، وعند محمَّدٍ لا يَصحُّ؛ هو يقولُ: هذا استثناءٌ منقطعٌ، وهما يقولانِ: إنَّ الفاءَ هاهنا مُضمَرٌ بدَلالةِ الاستثناءِ.

ولو قالَ: «أنتِ طالقٌ إنْ شاءَ فلانٌ»، فهو مُعلَّقٌ بمشيئته، فإنْ شاءَ في مجلسِ العلمِ يَقعُ.

وإنْ علَّقَ بمشيئةِ مَنْ لا تُعلمُ مشيئتُهُ مِنَ العبادِ، مثلِ: الملائكةِ والجنِّ والشَّياطينِ

فإنَّه يَصحُّ[1] الاستثناءُ؛ لأنَّه لا يُعلَمُ، فكان كالاستثناء بمشيئةِ اللهِ تعالى.

ولو قال: «أنتِ طالقٌ ثلاثًا إلَّا واحدةً أو اثنتين» يصحُّ الاستثناءُ؛ لأنَّ هذا استثناءُ البعض مِنَ الجُملةِ، فيكونُ تكلُّمًا بالباقي.

ولو قال: «أنتِ طالقٌ ثلاثًا إلا ثلاثًا» يقعُ الثَّلاثُ، ويبطلُ الاستثناءُ؛ لأنَّه استثناءُ الكلِّ.

ولو قال: «أنتِ طالقٌ عشرةً إلا تسعًا» تقعُ واحدةً، وإلا ثمانيةً تقعُ اثنتانِ، وإلا سبعًا تقعُ ثلاثًا، وكذلك لو نَقَصَ عَنِ السَّبعِ يكونُ ثلاثًا؛ لأنَّه تكلُّمٌ بالباقي، كأنَّه قال: «أنتِ طالقٌ واحدةً»، فيقعُ واحدةً، أو قال: «أنتِ طالقٌ ستًّا»، فيقعُ ثلاثًا.

والفصلُ الآخَرُ

«أنتِ طالقٌ نصفَ تطليقةٍ» أو «ربعَ تطليقةٍ»، يقعُ واحدةً؛ لأنَّ الطَّلاقَ لا يتجزَّأ فيتكاملُ.

ولو قال: «أنتِ طالقٌ نصفَ وربعَ تطليقةٍ»، يقعُ ثِنتانِ، ولو قال: «نصفَ تطليقةٍ ورُبُعُها»، يقعُ واحدةً؛ لأنَّه أضافَ إلى الأول.

ولو قال: «نصفُكِ طالقٌ» أو «رُبُعكِ طالقٌ» يصحُّ؛ لأنَّ الإضافةَ إلى الجزءِ الشَّائعِ كالإضافةِ إلى الكلِّ.

والحاصلُ: أنَّهُ إذا أضافَ الطَّلاقَ إلى جزءٍ شائعٍ أو إلى جزءٍ جامعٍ يقعُ، بأنْ كان ذلكَ الجُزءُ يُعبَّرُ به عنْ جميعِ البدنِ في الاستعمالِ، نحوَ أنْ يقولَ: «رأسُكِ طالقٌ أو فرجُكِ أو رقبتُكِ أو وجهُكِ»، وأمَّا إذا أضافَ الطَّلاقَ إلى جزءٍ لا يُعبَّرُ به عَنِ البدنِ عَينًا بأنْ قالَ: «يدُكِ طالقٌ» أو «رجلُكِ طالقٌ» أو «ظهرُكِ...» أو «بطنُكِ...»، فإنَّه لا يقعُ الطَّلاقُ عندنا، وعند الشَّافعيِّ يقعُ[2]، والمسألةُ معروفةٌ.

---

(١) في «س»: (لا يصح).

(٢) انظر: الحاوي الكبير (١٠/ ٢٤١)، والتنبيه في الفقه الشافعي (١٧٥)، و بحر المذهب للروياني (١٠/ ١١٦).

والفصلُ الآخَرُ

طلاقُ المُكرَهُ صحيحٌ عندنا، خلافًا للشَّافعيِّ[١].

وكذلكَ طلاقُ السَّكرانِ واقعٌ، سواءٌ سَكِرَ بالخمرِ أو بالنَّبيذِ، وعلى أحد قولَيِّ الشَّافعيِّ لا يقعُ[٢]، وهو اختيار الطَّحاويِّ.

وأجمعوا أنَّه إذا شرِبَ البَنْجَ[٣] أو الدَّواءَ الذي يُسكِرُ فسَكِرَ وزال عقلُه فطلَّقَ لا يقعُ.

والصَّحيحُ قولنا؛ لأنَّه زالَ العقلُ بسببٍ هو معصيةٌ، لتلذُّذه بذلك، فيُجعَلُ قائمًا عقوبة عليه، بخلاف شُربِ الدَّواءِ، ولهذا قالوا: إنَّ المُكرَهَ على شُربِ الخمرِ أو المُضطرِ إذا شربَ فسَكِرَ فإنَّ طلاقَهُ لا يقعُ؛ لأنَّ هذا ليس بمعصيةٍ، وبعضُ المشايخِ قالوا: يقعُ؛ لأنَّه حصلَ بسببٍ له فيه لذَّةٌ.

وعن محمَّدٍ أنَّه إذا شرِبَ النَّبيذَ فلم يَزُلْ عقلُه فصدَّعَ وزال العقلُ بسببِ الصُّداعِ فطلَّقَ امرأته، قال: لا يقعُ.

وعلى هذا طلاقُ الهازلِ وطلاقُ الخَاطِئِ واقعٌ، وهو أنْ يريدَ الرَّجلُ غيرَ الطَّلاقِ فسبقَ على لسانه الطَّلاقُ والعَتَاقُ، وذكر الكرخيُّ أنَّ في العَتَاقِ عنْ أبي حنيفةَ روايتانِ، واللهُ أعلمُ.

---

(١) انظر: الأم للشافعي (٣/ ٢٤٠)، و الحاوي الكبير (١٠/ ٢٢٧)، و نهاية المطلب في دراية المذهب (١٤/ ١٥٦).

(٢) انظر: الحاوي الكبير (١٠/ ٢١٧)، و بحر المذهب للروياني (١٠/ ١٠٩).

(٣) البَنْجُ: نَبْتٌ له حَبٌّ، يَخْلِطُ بِالعَقلِ ويُورِثُ الخَبَالَ، وربَّما أَسْكَرَ إذا شَرِبَهُ الإنسانُ بعدَ ذَوْبِهِ، ويُقَالُ: إنَّهُ يُورِثُ السُّبَاتَ، انظر «المصباح المنير» (بنج).

فصلٌ آخَرُ

لا خلافَ أنْ تنجيزَ الطَّلاقِ لا يصحُّ إلا في المِلْكِ.

فأمَّا التَّعليقُ في المِلْكِ فصحيحٌ بالإجماعِ، بأنْ قالَ لامرأتِهِ: «إنْ دخلتِ الدَّارَ فأنتِ طالقٌ».

وأمَّا التَّعليقُ في غير المِلْكِ بأنْ قالَ لأجنبيَّةٍ: «إنْ تزوَّجتكِ فأنتِ طالقٌ»، يصحُّ عندنا، وعند الشَّافعيِّ لا يصحُّ[1].

وكذلك إذا قال: «كلُّ امرأةٍ أتزوَّجُها فهي طالقٌ».

وقال مالكٌ: إنْ عَمَّ لا يجوزُ، وإنْ خَصَّ جازَ[2].

والصَّحيحُ قولنا؛ لأنَّ التَّعليقَ بالطَّلاقِ ليس بطلاقٍ، وإنَّما هو إيقاعُ الطَّلاقِ عند وجود الشَّرطِ، ومِلْكُ النِّكاحِ قائمٌ في ذلك الوقت فصحَّ.

ثم إذا علَّقَ الطَّلاقَ في النِّكاحِ ثم وُجِدَ الشَّرطُ، إنْ كانت منكوحتَهُ يقعُ الطَّلاقُ وتنحلُّ اليمينُ، وإنْ كانتْ مُبانةً وهي في العدَّةِ عند الشَّرطِ يقعُ الطَّلاقُ أيضًا عندنا؛ لأنَّ المُبانَةَ والمُختلِعَة يلحقُها الطَّلاقُ عندنا، وإنِ انقضتْ عدَّتُها فوُجِدَ الشَّرطُ تنحلُّ اليمينُ لا إلى الجزاءِ.

ولو علَّقَ ثلاثَ تطليقاتٍ في المِلْكِ ثم طلَّقَها ثلاثًا يَبطلُ التَّعليقُ عند أصحابِنَا الثَّلاثة، وعند زُفرَ لا يبطلُ، حتى لو تزوجتْ بزوجٍ آخَرَ وعادتْ إليه بعدَ إصابةِ الزَّوجِ الثَّاني وطلاقِه، ثم وُجِدَ الشَّرطُ لا يقعُ شيءٌ عندنا خلافًا له.

---

(١) انظر: الغاية في اختصار النهاية (٥/ ٣٢٧)، وكفاية الأخيار في حل غاية الاختصار (٤٠٥).

(٢) انظر: الذب عن مذهب الإمام مالك (٢/ ٦٠٧)، والمعونة على مذهب عالم المدينة (ص: ٨٤٢-٨٤٣).

ولو طلَّقها واحدةً أو اثنتينَ فتزوَّجت بزوجٍ آخَرَ فوطئها وعادتْ إليه فوُجِدَ الشَّرطُ فإنَّه يقعُ ثلاثَ تطليقاتٍ عند أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ، وعند محمَّدٍ يقعُ بقدرِ ما بقيَ مِنَ الطَّلاقِ المَملوكِ بالنِّكاحِ الأوَّل.

ولقبُ المسألة: أنَّ إصابةِ الزَّوجِ الثَّاني هل تَهدِمُ الطَّلقةَ أو الطَّلقتينِ أم لا؟ وهي مسألةٌ معروفةٌ.

فصلٌ آخَرُ

إذا قال لامرأتِه: «أنتِ عليَّ حرامٌ»، أو قال: «حرَّمتكِ على نفسي»، أو «أنتِ محرَّمةٌ عليَّ»، يُرجَعُ إلى نيَّته:

- إنْ أرادَ به الطَّلاقَ يقعُ طلاقًا بائنًا عليها على ما ذكرنا.

- وإنْ نوى التَّحريمَ ولم ينوِ الطَّلاقَ أو لم يكنْ له نيَّةٌ فهو يمينٌ، ويَصيرُ مُوليًا.

- وإنْ قال: أردتُ به الكذبَ، فليس بشيءٍ فيما بينه وبينَ اللهِ تعالى، ويُصدَّقُ في ذلكَ؛ لأنَّ الخبرَ مُحتمِلٌ، ولكنْ لا يُصدَّقُ في إبطالِ اليمينِ في القضاءِ؛ لأنَّ هذا اللفظَ صريحٌ في اليمينِ شرعًا.

- وإنْ نوى بالحرامِ الظِّهارَ فهو ظِهارٌ عند أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ، وقال محمَّدٌ: هو إيلاءٌ وليسَ بظهارٍ.

فأمَّا إذا قالَ ذلك في غيرِ المرأةِ، مِنَ الطَّعامِ والشَّرابِ وكلامِ فلانٍ، فإنَّه يكونُ يمينًا عندنا، خلافًا للشَّافعيِّ[1].

ولقب المسألة: أنَّ تحريمَ الحلالِ يمينٌ أم لا؟

(١) انظر: الأم للشافعي (٧/ ١٦٦).

فإذا فعلَ شيئًا ممَّا حرَّمه ـ قليلًا كان أو كثيرًا ـ يحنثُ في يمينه، فأمَّا إذا قال: «كلُّ حِلٍّ عليَّ حرامٌ»، أو قال: «حِلُّ اللهِ عليَّ حرامٌ» ولا نيَّةَ له، فإنَّهُ يقعُ على الطَّعامِ والشَّرابِ خاصَّةً؛ لأنَّ هذا لا يُمكنُ العملُ بعمومِهِ؛ لأنَّه لا يُرادُ به العمومُ في العرفِ، وهو التَّنفسُ وفتحُ العينِ والتَّحرُكُ، فيقعُ على الحلالِ المُعتادِ، وهو الطَّعامُ والشَّرابُ، فإنَّ نوى مع ذلكَ اللباسَ أو امرأتَهُ فيقعُ على الأكلِ والشُّربِ واللباسِ والمرأةِ، فأيُّ شيءٍ فعلَ مِنْ ذلك وحده يَحنثُ في يمينه، وتَلزمه الكفَّارةُ؛ لأنَّ الطَّعامَ والشَّرابَ دخلا بحكم العادةِ، واللباسَ والمرأةَ بنيَّته، واللفظُ صالحٌ له فيَصحُّ.

فإنْ نوى بقوله: «كلُّ حِلٍّ عليَّ حرام» شيئًا بعينه دون غيره، فإنْ نوى به الشَّرابَ خاصَّةً، أو الطَّعامَ خاصَّةً، أو اللباسَ خاصَّةً، أو امرأتَهُ خاصَّةً، فهو على ما نوى فيما بينه وبينَ اللهِ تعالى وفي القضاءِ؛ لأنَّ هذا يقعُ على أخصِّ الخُصوصِ، لتعذُّرِ العملُ بعمومه، فإذا عيَّن ذلك صحَّ، إذ التَّخصيصُ تركُ العملِ بالعمومِ، وهذا متروكٌ.

ثم في الموضع الذي يُدخِلُ امرأتَهُ والطَّعامَ والشَّرابَ في قوله: «كلُّ حِلٍّ عليَّ حرامٌ» ونوى الطَّلاقَ في امرأتِه فإنَّه لا يَحنثُ؛ لأنَّ هذا كلامٌ واحدٌ لا يتناولُ اليمينَ والطَّلاقَ جميعًا.

ولو قال: «أنتِ عليَّ كالميتةِ والدَّمِ أو كلحمِ الخنزيرِ أو كالخمرِ»، إنْ أرادَ به الكذبَ صُدِّقَ؛ لأنَّه ليسَ بصريحٍ في اليمينِ، بخلافِ قوله: «أنتِ عليَّ حرامٌ»، وإنْ أرادَ به التَّحريمَ فهو إيلاءٌ، وإنْ نوى الطَّلاقَ فهو كقوله: «أنتِ عليَّ حرامٌ»؛ لأنَّه شبَّهها بالمُحَرَّمِ، فكأنَّه قال لها: «أنتِ عليَّ حرامٌ».

وبمثله لو قال: «أنتِ عليَّ كمَالِ فلانٍ» ونوى به الطَّلاقَ لا يصحُّ؛ لأنَّ عينَ المالِ ليسَ بحرامٍ.

❁ ❁ ❁

باب الخلع

الخُلْعُ طلاقٌ عندَنا، وقال الشافعيُّ: هوَ فسخٌ في أحدِ القَولَين(١).

ولهذا قال أصحابُنا: إنَّ مَنْ قال لامرأتِهِ: «خالعتُكِ»، ولم يَذكرِ العوضَ، ونَوى الطلاقَ كانَ طلاقًا بائنًا، ولو نَوى الثلاثَ صَحَّ؛ لأَنَّهُ مِنْ كِناياتِ الطلاقِ، إلّا أنَّه في عُرفِ الشرعِ عندَ الناسِ صارَ عبارةً عنِ الطلاقِ بعِوَضٍ، فيصيرُ حقيقةً عُرفيةً، حتى يَنصرفُ إليهِ مُطلَقُ الكلامِ، حتى إنَّ الرجلَ إذا قالَ لغيرِهِ: «اخلعِ امرأتي»، فخلَعَها بغيرِ عِوَضٍ لم يَصِحَّ، ويكونُ مَوقُوفًا على إجازةِ الزوجِ، فإنْ أجازَ يكونُ طلاقًا بائنًا.

وقالوا: لو قال لامرأتِهِ: «اخلعِي نفسَكِ»، فقالت: «خَلعتُ نفسي بألفِ دِرهمٍ»، وُقِفَ على إجازةِ الزوجِ، ولهذا قالوا: إنَّ مَنْ قال لامرأتِهِ: «خالعتُكِ على ألفِ درهمٍ»، فقبِلَتْ، وقال الزوجُ: «لم أنوِ بهِ الطلاقَ»، لا يُصدَّقُ؛ لأنَّ ذِكرَ العِوضِ دلالةُ الطلاقِ، حتى إذا قال: «خالعتُكِ»، ولم يَذكرِ المالَ، وقال: «لم أَنوِ بهِ الطلاقَ» يُصدَّقُ؛ لأنَّه كنايةٌ عن الطلاقِ عندَ خُلُوِّهِ عن المالِ، فلا بدَّ مِنَ النيةِ، فأمَّا إذا كانَ على مالٍ فلا حاجةَ إلى النيةِ.

ثُم الخُلعُ على المالِ يَفتقرُ إلى الإيجابِ والقَبولِ، حتى تقعَ بهِ الفُرقةُ، ويستحقَّ الزوجُ العِوضَ عليها، إلَّا أنَّهُ في جانبِ الزَّوجِ في معنى اليمينِ، وفي جانبِها في معنى المعاوضةِ، حتى إنَّ الزوجَ إذا قال: «خالعتُكِ على ألفٍ»، لم يَصِحَّ رُجوعُهُ عن ذلكَ، ولم يَبطلْ بقيامِهِ عن المجلسِ قَبلَ قَبولِها، ولم يتوقَّفْ على حُضورِها في المجلسِ،

---

(١) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب (١٣/ ٢٩٣)، و البيان في مذهب الإمام الشافعي (١٠/ ١٥).

بل يَجوزُ وإنْ كانتْ غائبةً، وإذا بَلَغَها فلها القَبولُ في مَجلِسِها.

ويَجوزُ أنْ يُعلِّقَ ذلكَ بشرطٍ أو بوقتٍ، فيقولُ: «إذا جاءَ غدٌ فقدْ خالعتُكِ على ألفٍ»، و«إذا قَدمَ زيدٌ فقدْ خالعتُكِ على ألفٍ»، والقَبولُ إليها بعدَ مَجيءِ الغدِ، وقُدومِ زيدٍ، فإنْ قَبلَتْ قَبلَ ذلكَ لم يَجُزْ.

فأمَّا إذا ابتدأتِ المرأةُ فقالتْ: «خَلعْتُ نفسي منكَ بألفِ دِرهمٍ»، فهوَ بمنزلةِ البيعِ في جانبِها، حتى يَصِحَّ منها الرجوعُ عنهُ قَبلَ قَبولِ الزوجِ، ويَبطُلُ بقيامِها عن المجلسِ، وبقِيامِهِ أيضًا، ولا يقفُ على غائبٍ، ولا يجوزُ تعليقُهُ بشرطٍ، ولا بوقتٍ كالبيعِ سواءً.

وعلى هذا الأصلِ قال أبو حنيفةَ: إذا خالَعَها فشَرَطَتْ لنفسِهَا الخِيارَ جازَ خِلافًا لهما.

وإذا ثبتَ تَفسيرُ الخُلعِ شرعًا فنقولُ: لا يَخلوْ إمَّا أنْ يُخالِعَها على مِثلِ العِوضِ الذي أَخذَتْ، أو أقلَّ، أو أكثرَ، والنُّشوزُ والكراهةُ مِنْ قِبَلِ الزوجِ، أو مِنَ المرأةِ، فنقولُ:

إنْ كانَ النُّشوزُ مِنْ قِبلِ الزوجِ فلا يَحِلُّ لهُ أنْ يأخُذَ شيئًا منها، بل لهُ أنْ يُطلِّقَها بلا عِوضٍ، لِقولِهِ تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا۟ مِنْهُ شَيْـًٔا﴾ الآية [النساء: ٢٠].

وإنْ كانَ النُّشوزُ من جِهتِها يجوزُ لهُ أنْ يَأخذَ مِنها جميعَ ما استحقَّتْهُ عليهِ بالعَقدِ، ولا تَحلُّ الزيادةُ على ذلكَ في ظاهرِ الروايةِ، وفي روايةٍ يحِلُّ أَخْذُ الزيادةِ، وهذا في حقِّ الدِّيانةِ والتَّنزُّهِ، وأمَّا في الحُكمِ إذا تَخالَعَا على الزيادةِ مِنَ المهرِ فإنَّهُ يَلزَمُ، وتُؤمَرُ بالأداءِ إليهِ.

ثُم الخُلعُ جائزٌ بكلِّ بَدَلٍ يَصلحُ أنْ يكونَ مَهرًا، ويَلزمُ المرأةَ أداؤُهُ إلى الزوجِ، وما ذَكرْنا في المَهرِ أنَّ الزوجَ فيهِ بالخِيارِ بينَ أنْ يُعطِيَ عَينَهُ أو قِيمتَهُ، ففي الخُلعِ المرأةُ بالخِيارِ، كما في العبدِ الوسطِ ونحوِهِ.

وكلُّ ما لا يجوزُ أنْ يكونَ مَهرًا لِحُرمتِهِ كالخمرِ والخنزيرِ والميتةِ والدمِ والحُرِّ لا يجوزُ أنْ يَكونَ بدلًا في الخُلعِ، لكن إذا قَبِلَ الزوجُ ذلكَ في الخُلعِ تَقعُ الفُرقةُ بينَهما ولا شيءَ على المرأةِ مِنَ الجُعْلِ(١)، ولا يجبُ عليها أنْ تَرُدَّ مِنْ مَهرِها شيئًا؛ لأنَّ هذهِ الأشياءَ لا تَصلحُ عِوَضًا في حقِّ المسلمينَ، والزوجُ رَضِيَ بما لا قِيمةَ لهُ، والبُضعُ في حالِ الخروجِ عن مِلكِهِ لا قيمةَ له حتى تَجبَ القيمةُ، فلا يرجعُ عليها بشيءٍ، بخِلافِ النِّكاحِ، فإنَّ ثمةَ يَجبُ مَهرُ المِثلِ؛ لأنَّ البُضعَ مُتقوِّمٌ في حالِ الدخولِ في مِلكِ الزوجِ.

ثُم الطلاقُ على مالٍ والخُلعُ في الأحكامِ سواءٌ، إلا في فَصلٍ واحدٍ، وهوَ أنَّ الخُلعَ متى وَقعَ على عِوضٍ لا قيمةَ لهُ لا يَجبُ العِوَضُ، ولا قيمةُ البُضعِ، ويكونُ الطلاقُ بائنًا؛ لأنَّ الخُلعَ مِنْ كِناياتِ الطلاقِ.

وأمَّا الطلاقُ بعِوَضٍ لا قيمةَ لهُ إذا بَطَلَ العِوَضُ، فالطلاقُ يكونُ رَجعيًّا؛ لأنَّ صريحَ الطلاقِ يَكونُ رَجعيًّا، وإنَّما تَثبتُ البَينُونةُ لأجلِ العِوَضِ، فإذا بَطَلَ بَقِيَ مُجرَّدُ صَريحِ الطلاقِ فيكونُ رَجعيًّا.

ولو خالَعَها على حُكمِهِ، أو حُكمِها، أو حُكمِ أجنبيٍّ فنقولُ:

إنَّ الخُلعَ على الحُكمِ خُلعٌ بتَسميةٍ فاسدةٍ، لما فيهِ مِنَ الجهالةِ الفاحشةِ والخطرِ، فيجبُ الرجوعُ إلى مَهرِها المُستحَقِّ بالعَقدِ.

ثُم إذا كانَ الخُلعُ على حُكمِ الزوجِ فإنْ حَكمَ بمِقدارِ المَهرِ أو أقلَّ أُجبرتْ على التسليمِ إلى الزوجِ؛ لأنَّهُ حَكَمَ بالمُستحَقِّ، أو حَطَّ بَعضَهُ، وهو يَملِكُ حَطَّ بَعضِهِ لِكونِهِ حقًّا لهُ، وإنْ حَكَمَ بأكثرَ مِنَ المَهرِ لم تَلزمْها الزيادةُ؛ لأنَّهُ أوجبَ لنفسِهِ أكثرَ مِنَ المُستحَقِّ بالعَقدِ، فلا يَصِحُّ إلا برضاها.

---

(١) في «أ» و«ز»: (الخلع).

وأمَّا إذا كانَ الحُكمُ إليها فإنْ حَكمَتْ بمَهرِ المِثلِ، أو أكثرَ جازَ، وأُجبِرَ الزوجُ على القَبولِ؛ لأنَّها قَضَتْ بالمُستحَقِّ، أو زادتْ عليهِ، فهيَ تَملِكُ إيفاءَ الزيادةِ، وإنْ حَكمَتْ بأقلَّ مِنَ المَهرِ لا يَجوزُ إلا بِرضى الزوجِ؛ لأنَّها حَطَّتْ بَعضَ ما عليها حقًّا للزوجِ، وهيَ لا تَملِكُ حَطَّ حقِّ الغيرِ.

وأمَّا إذا كانَ الحُكمُ إلى أجنبيٍّ، فإنْ حَكَمَ بمَهرِ المِثلِ جازَ، وإنْ حَكمَ بزيادةٍ أو نقصانٍ لم تَجُزِ الزيادةُ إلا بِرضى المرأةِ، والنقصانُ إلَّا بِرضى الزوجِ؛ لأنَّ الأجنبيَّ لا يَملِكُ إسقاطَ حقِّ واحدٍ مِنهما، والله أعلم.

❀ ❀ ❀

باب الإيلاء

نَحتاجُ في البابِ:

- إلى تفسيرِ الإيلاءِ لغةً وشرعًا.

- وإلى بيانِ حُكمِ البرِّ في الإيلاءِ.

- وإلى بيانِ الفيءِ، وحُكمِ الحِنثِ.

أمَّا الأوَّلُ فالإيلاءُ في اللغةِ اليمينُ، وفي الشرعِ صارَ عبارةً عنِ اليمينِ على تَركِ الوطءِ مِنَ الزوجِ[1] مُدَّةً مَخصوصةً.

وقدْ كانَ الإيلاءُ طلاقًا في الجاهليةِ، فجعلَهُ الشرعُ طلاقًا مُعلَّقًا بِتَرْكِ وَطءِ الزوجِ مُدَّةً مَخصوصةً، بحيثُ لا يُمكنُهُ الوطءُ إلَّا بِحِنثٍ يَلزمُهُ بسببِ اليمينِ، كأنَّ الزوجَ قال لامرأتِهِ الحُرَّةِ: «إنْ لم أَقربْكِ أربعةَ أشهرٍ فأنتِ طالقٌ بائنٌ»، أو لامرأتِهِ الأَمَةِ: «إنْ لم أَقربْكِ شهرينِ فأنتِ طالقٌ بائنٌ».

فركنُ الإيلاءِ شرعًا هوَ اللفظُ الدالُّ على تَركِ الوطءِ في عُرفِ الشرعِ مُؤكَّدًا باليمينِ، وهوَ قولُهُ: واللهِ لا أَقربُكِ، أو لا أَطؤُكِ، أو لفظةُ المُباضَعةِ والمُناكَحةِ والإتيانِ والإصابةِ ونحوِها، فإنْ كانَ مُستعمَلًا في الوطءِ فلا يَحتاجُ إلى النِّيَّةِ، ولو أَتى بلفظٍ مُحتمَلٍ يَحتاجُ فيهِ إلى نِيَّةِ الزوجِ الوطءَ بذلكَ.

وأمَّا **المُدَّةُ** فهيَ أربعةُ أشهُرٍ في حَقِّ الحُرَّةِ، وشهرانِ في حَقِّ الأَمَةِ.

---

(١) في «ز» و«س»: (في الزوجة).

وعند الشافعيِّ المُدَّةُ في حَقِّهِما سواءٌ، وهيَ زيادةٌ على أربعةِ أشهرٍ[١].

والصحيحُ قولُنا، لِقولِهِ تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَآءُو...﴾ الآية [البقرة: ٢٢٦]، ولا تجوزُ الزيادةُ على المُدَّةِ المَنصوصةِ.

وأمَّا تفسيرُ اليمينِ فهي اليمينُ باللهِ تعالى وبصفاتِهِ على ما نَذكُرُ في كتابِ الأيمانِ إنْ شاءَ اللهُ تعالى.

واليمينُ بالشرط والجزاء نوعان: ما يكونُ بِهِ مُولِيًا، وما لا يكونُ بِهِ مُولِيًا.

أمَّا الذي يكونُ بِهِ مُولِيًا فأنْ يقولَ: «إنْ قَرُبْتُكِ فعَبدي حُرٌّ، أو فلانةُ طالقٌ، أو هيَ عليَّ كَظَهرِ أُمِّي، أو عليَّ صدقةٌ، أو حجُّ البيتِ، أو صيامُ سنةٍ» ونحوَ ذلكَ؛ لأنَّهُ لا يُتوصَّلُ إلى الوطءِ في المُدَّةِ إلَّا بمعنىً يَلزمُهُ بحُكمِ اليمينِ، كما تَلزمُهُ الكفَّارةُ بسببِ اليمينِ باللهِ تعالى.

ولو قال: «إنْ قَرُبْتُكِ فعليَّ أنْ أُصلِّيَ رَكعتينِ»، أو «... عليَّ أنْ أغزوَ»، لم يكنْ مُولِيًا عندَ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ، ويكونُ مُولِيًا عندَ محمدٍ وزُفرَ.

ولو قال الرجلُ لامرأتِهِ: «أنا منكِ مُولٍ»، فإنْ عَنى بِهِ الخَبرَ كذبًا فليسَ بمُولٍ فيما بينَهُ وبينَ اللهِ تعالى؛ لأنَّ لفظَهُ لفظُ الخَبرِ، فلا يُصدَّقُ في القضاءِ؛ لأنَّهُ خِلافُ الظاهرِ، لأنَّ هذا إيجابٌ في الشرعِ، ولو عَنى بِهِ الإيجابَ فهوَ مُولٍ في القضاءِ وفيما بينَهُ وبينَ اللهِ تعالى؛ لأنَّهُ أَوجَبَ الإيلاءَ بهذا اللفظِ.

ولو قال لامرأتِهِ: «أنتِ عليَّ مثلُ امرأةِ فلانٍ»، وقدْ كانَ فلانٌ آلَى مِن امرأتِهِ، فإنْ نَوى الإيلاءَ كانَ مُولِيًا؛ لأنَّهُ شبَّهَها بها في بابِ اليمينِ، والتشبيهُ يَقتضِي التَّساوِي فيما شُبِّهَ بِهِ، وإنْ لم ينوِ اليمينَ ولا التحريمَ لا يكونُ مُولِيًا؛ لأنَّهُ قَصدَ التشبيهَ مِنْ وَجهٍ.

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (١٠/ ٣٨٣)، و الوسيط في المذهب (٦/ ٢٠).

وأمَّا بيانُ حُكمِ البِرِّ، وهو وُقوعُ الطلاقِ البائنِ بسببِ الإصرار[١] على مُوجَبِ هذا اليمينِ، وهوَ الامتناعُ عن الوطءِ أربعةَ أشهُرٍ، بحيثُ لا يُتوصَّلُ إليهِ إلا بحِنثٍ يَلزمُهُ، فيكونُ مُؤكِّدًا لهُ في الامتناعِ، خوفًا عن لُزومِ الحِنثِ، وفي الوطءِ حقُّ المرأةِ، فصارَ الزَّوجُ ظالمًا بمَنعِ حقِّها المُستحَقِّ، فالشرعُ جَعلَ الامتناعَ عن إيفاءِ حقِّها المُستحَقِّ لها في هذهِ المُدَّةِ سببًا للبَينُونةِ، تَخليصًا لها مِنْ حِبالَتِهِ فتَتوصَّلُ إلى حقِّها مِنْ جهةِ غيرِهِ، وهذا معنى قولِه تعالى: ﴿ وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾ [البقرة: ٢٢٧]، فسمَّاهُ عَزيمةَ الطلاقِ، وهوَ فِعلُ الزَّوجِ، فيصيرُ الزَّوجُ بالإصرارِ على مُوجَبِ هذا اليمينِ مُعلِّقًا طلاقًا بائنًا بتَركِ الوطءِ أربعةَ أشهُرٍ بعدَ اليمينِ أبدًا، كأنَّهُ قال: «أنتِ طالقٌ بائنٌ عندَ مُضِيِّ كلِّ أربعةِ أشهرٍ لا أَقربُكِ فيها»، أو «إنْ لم أَقربْكِ كلَّ أربعةِ أَشهرٍ ما بَقِيَ اليمينُ فأنتِ طالقٌ».

إذا ثبتَ هذا فإذا مَضَتْ أربعةُ أَشهُرٍ مِنْ وقتِ اليمينِ، ولم يَقربْها[٢] يَقعُ تَطليقةٌ بائنةٌ عندَنا.

وعندَ الشافعيِّ يُخيَّرُ الزوجُ بينَ أنْ يُطلِّقَها وبينَ أنْ يَطأَها، فإنْ لم يَفعلْ يُفرِّقُ القاضي بينَهما[٣].

فإذا وَقعَتْ تَطليقةٌ بائنةٌ بِمُضِيِّ أربعةِ أشهرٍ ثُم مَضَتْ أَربعةُ أَشهُرٍ أُخرى، وهيَ في العِدَّةِ لم يَقعِ الطلاقُ؛ لأنَّها مُبانةٌ لا تَستحِقُّ الوطءَ على الزوجِ، ولا يكونُ الامتناعُ عنِ الوطءِ في هذهِ الحالةِ ظُلمًا، وبهذا الوصفِ صارَ الإصرارُ على مُوجَبِ اليمينِ ـ وهوَ

(١) في «أ»: (الإقدام).

(٢) في «ز»: (يفيئها).

(٣) انظر: كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار (٤١١-٤١٢)، وفتح القريب المجيب في شرح ألفاظ التقريب = القول المختار في شرح غاية الاختصار (٢٤٧)، و الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٢/ ٤٥٣-٤٥٤).

تَركُ الوطءِ - سببًا للفُرقةِ، فإنْ تَزوَّجَها بعدَ مُضِيِّ الأربعةِ أَشهُرٍ، ثُم مَضَتْ أربعةُ أشهرٍ مُنذُ تَزوَّجَ، ولم يَقربْها بانتْ بأُخرى.

وكذلكَ إذا تَزوَّجَها ثالثةً؛ لأنَّ بالتزويجِ عادَ حقُّها في الوطءِ؛ لكونِ اليمينِ باقيةً؛ لأنَّها تَنحلُّ بالحِنثِ وهو الوطءُ، أمَّا إذا زالَ المِلكُ فلا يبطلُ اليمينُ، فيكونُ تَركَ الفيءَ ظُلمًا، ويَكونُ سببًا للفُرقةِ، فإنْ تَزوَّجَها بعدَ وُقوعِ ثلاثِ تطليقاتٍ، فمضَتْ أربعةُ أشهرٍ لم يَطأْها لم يقعْ عليها شيءٌ عندَنا، خِلافًا لزُفرَ؛ لأنَّهُ زالَ حِلُّ المَحلِّيَّةِ، فيبطلُ اليمينُ.

وإذا آلَى مِنها ثُم أبانَها فَمضَتْ أربعةُ أشهرٍ وهي في العِدةِ، وَقعَتْ أُخرى بالإيلاءِ؛ لأنَّ ابتداءَ الإيلاءِ قدِ انعقَدَ مُوجِبًا للطلاقِ، لِوُجودِهِ في المِلكِ، فإذا أَبانَها فالبَينُونةُ تلحقُها بعقدٍ سابقٍ، وإنْ كانَ لا تلحقُها ابتداءً عندَنا خِلافًا لِزُفرَ؛ فإنَّ مَنْ قال لامرأتِهِ: «إنْ دَخلتِ الدارَ فأنتِ طالقٌ بائنٌ»، ثُم أبانَها، ثُم دَخلَتْ وهي في العِدَّةِ، فإنَّهُ يَقعُ بائنًا لِمَا قُلنا.

وأمَّا تَفسيرُ الفيءِ، وحُكمُ الحِنثِ فنقولُ:

الفيءُ هو الوطءُ في مُدَّةِ الإيلاءِ معَ القُدرةِ عندَنا، وعندَ الشافعيِّ: الوطءُ بعدَ المُدَّةِ[1]، والصحيحُ قولُنا؛ لأنَّ اللهَ تعالى قال: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَآءُو﴾ [البقرة: ٢٢٦]، وفي قراءةِ عبدِاللهِ بنِ مسعودٍ رضي الله عنه: «فَإِنْ فَاؤُوا فِيهِنَّ»[2]، وإنَّما سُمِّيَ الوطءُ فَيئًا؛ لأنَّ الفَيءَ في اللغةِ الرجوعُ، يقالُ: فاءَ الظِّلُّ إذا رَجَعَ، والمُولي قَصدَ بالإيلاءِ مَنعَ حقِّها في الوطءِ، فيكونُ الوطءُ رُجُوعًا عمَّا قَصدَهُ فسُمِّيَ فَيئًا.

ثُم الفَيءُ على ضَربَينِ:

- أحدُهما: هوَ الأصلُ وهوَ الفَيءُ بالوطءِ معَ القُدرةِ.

---

(١) انظر: التهذيب في فقه الإمام الشافعي (٦/ ١٤٠)، و فتاوى ابن الصلاح (٢/ ٦٨٨-٦٨٩)، و عجالة المحتاج إلى توجيه المنهاج (٣/ ١٤٠١).

(٢) تقدَّم حُكم ما لم يتواتر من القراءات (١/ ٤٤٦).

ـ والآخرُ: بَدَلٌ عن الأوَّلِ بالقولِ عندَ العَجزِ عن الوطءِ، ففي حقِّ القادرِ لا يكونُ فَيئُه في الإيلاءِ إلَّا بالوَطءِ؛ لأنَّهُ هوَ الأصلُ وهوَ حَقيقةُ الرُّجوعِ؛ لأنَّ بهِ يَندفِعُ الظلمُ، ويصلُ الحقُّ إلى المُستحِقِّ، فما لم يُوَفِّ حَقَّها لم يَسقُطْ حُكمُ الإيلاءِ، وفي حقِّ العاجزِ صارَ الفَيءُ بالقولِ قائمًا مَقامَ الوطءِ، وهو أنْ يَقولَ للمرأةِ: «إنِّي فِئتُ إليكِ»، أو «رَاجعْتُكِ»، أو «أبطلْتُ الإيلاءَ»، ويُحْسِنُ إليها بالقولِ عندَ العجزِ عنِ الإحسانِ بالفعلِ، فيكونُ رُجُوعًا عمَّا عَزَمَ عليهِ بالقولِ.

ثُم العَجزُ نوعانِ:

أحدُهما: مِنْ طريقِ المُشاهدةِ، كالمرضِ الذي لا يَقْدِرُ معَهُ على الجِماعِ مِنَ الجانبَينِ، أو تكونُ المرأةُ صغيرةً، أو يكونُ بينَهما مسافةٌ لا يُمكنُ قَطعُها في مُدَّةِ الإيلاءِ، أو تكونُ المرأةُ ناشزةً مُحتجِبةً عنهُ في مكانٍ لا يَعرفُهُ، أو يكونُ مَحبوسًا لا يُمكنُها أنْ تَدخلَ عليهِ، وتُمنُعُ عن ذلكَ، ونحوُ ذلكَ.

وأمَّا العَجزُ مِنْ طريقِ الحُكمِ مثلُ أنْ يكونَ مُحرِمًا، أو صائمًا في رمضانَ، لكنَّ العَجزَ المُعتبَرَ في حقِّ نَقلِ الفَيءِ مِنَ الوطءِ إلى القولِ هوَ العجزُ الحِسِّيُّ دونَ العَجزِ الحُكميِّ عندَنا، وعندَ زُفَرَ هوَ مُعتبَرٌ أيضًا، وقاسَ على الخَلوةِ أنَّ ثَمَّةَ يُعتبَرُ المانعُ الحِسِّيُّ والحُكميُّ جَميعًا، ولكنَّا نقولُ: هوَ قادِرٌ على الحقيقةِ، فيصيرُ ظالِمًا بمنعِ الحقِّ، وحقُّ العبادِ لا يسقطُ لأجلِ حقِّ اللهِ تعالى في الجملةِ، فإذا أتى بالفَيءِ مِنْ حيثُ القولُ سَقَطَ حُكمُ الإيلاءِ إلى وَقتِ القُدرةِ.

ثُم مِنْ شرطِ صحةِ الفيءِ بالقولِ عندَ العجزِ عنِ الوطءِ حِسًّا ومُشاهدَةً شيئان:

أحدهما: أنْ يكونَ العجزُ مُستدَامًا مِنْ وقتِ الإيلاءِ إلى تمامِ المُدَّةِ، وهوَ أربعةُ أَشهُرٍ، حتى إنَّهُ إذا قَدِرَ على الوطءِ قَبلَ تمامِ المُدَّةِ بَطَلَ الفَيءُ بالقولِ، وانتقلَ إلى الجِماعِ، حتى لو تَرَكَ الوطءَ إلى تمامِ المُدَّةِ فإنَّها تَبِينُ.

وأمَّا إذا تَمَّتِ المُدَّةُ ثُم قَدِرَ، فإنَّ الفَيءَ بالقَولِ صَحيحٌ في حقِّ المُدَّةِ الماضيةِ، وهذا لِمَا ذَكَرْنا أَنَّهُ بَدَلٌ، والقُدرةُ على الأصلِ قَبلَ حُصولِ المَقصودِ بالبدلِ تُبطِلُ حُكمَهُ، وبعدَ حُصولِ المقصودِ لا تَبطلُ، كالمُصلِّي بالتيممِ إذا رَأى الماءَ في وَسَطِ الصلاةِ تَبطلُ صلاتُهُ، ولو رَأى بعدَ الفراغِ لا تَبطلُ صلاتُهُ المُؤدَّاةُ، كذلكَ هاهنا.

والشرطُ الثاني: أنْ يُوجدَ الفَيءُ بالقولِ في حالٍ يَحِلُّ لهُ الوطءُ بأنْ كانتْ زوجةً لهُ، فأمَّا إذا أَبانَها، ثُم فاءَ إليها باللسانِ فإنَّهُ لا يَصِحُّ؛ لأنَّهُ بَدلٌ، فإنَّما يَصِحُّ في حالٍ يَصِحُّ الأصلُ، ولهذا قالوا: إنَّ مَنْ آلَى مِن امرأتِهِ وهو صحيحٌ مِقدارَ ما يُمكنُ الجِماعُ فيهِ، ثُم مَرِضَ ففيؤُهُ بالجِماعِ؛ لأنَّهُ هوَ الذي فَرَّطَ في إيفاءِ حقِّها فلا يُعذَرُ، بخِلافِ المَريضِ إذا آلَى مِن امرأتِهِ، ولو آلَى وهوَ مَريضٌ، فلم يَفِئْ بالقولِ حتى مَضَتِ المُدَّةُ، فبانَتْ، ثُم صَحَّ، ثُم تَزوَّجَها وهوَ مَريضٌ ففاءَ إليها بِلسانِهِ، فإنَّهُ يَصِحُ عندَ أبي يوسفَ، وعندَ محمدٍ لا يَصِحُّ، وما قالَهُ أبو يوسفَ أصحُّ؛ لأنَّ الإيلاءَ حصلَ وهوَ مريضٌ، وعادَ حُكمُهُ وهوَ مريضٌ، وفي زمانِ الصحةِ بينَ المَرضَينِ هيَ بائنةٌ لا تَستحِقُّ الوطءَ، فلا يَعودُ حُكمُ الإيلاءِ.

وأمَّا حُكمُ الحِنثِ في اليمينِ باللهِ تعالى فهوَ الكفارةُ، وفي اليمينِ بالشرطِ والجزاءِ يَلزمُهُ ما هوَ جزاؤُهُ مِنَ الطلاقِ والعَتاقِ والظهارِ ونحوِ ذلكَ هذا الذي ذَكرنا في حقِّ المُسلمِ.

فأمَّا الذِّمِّيُّ إذا آلَى مِن امرأتِهِ:

ـ إنْ حَلفَ بطلاقٍ أو عَتاقٍ يَكونُ مُوليًا بالاتفاقِ.

ـ وإذا حَلفَ بما هوَ قُربةٌ كالصدقةِ والصيامِ فليسَ بمُولٍ بالاتفاقِ.

ـ فأمَّا إذا حَلفَ باسمٍ مِنْ أسماءِ اللهِ تعالى أو بصِفاتِهِ فهوَ مُولٍ عند أبي حنيفةَ وعند أبي يوسفَ ومحمدٍ لا يكونُ مُوليًا.

وإذا صَحَّ إيلاءُ الذِّمِّيِّ فهوَ في أحكامِهِ كالمسلمِ، إلَّا أنَّهُ إذا وَطِئَ في اليمينِ باللهِ تعالى لا تَلزمُهُ الكفَّارةُ؛ لأنَّها عبادةٌ، وهوَ ليسَ مِنْ أهلِها، فأمَّا إذا آلَى، أو ظاهَرَ، ثم رَجَعَ عَنِ الإسلامِ، ولَحِقَ بدارِ الحربِ، ثُم رَجَعَ مُسلمًا، وتَزوَّجَها فإنَّهُ مُولٍ ومُظاهِرٌ عندَ أبي حنيفةَ في روايةِ محمدٍ، وقال أبو يوسفَ[1]: بَطَلَ عنهُ الظهارُ والإيلاءُ، وهذه تعرف في الخلافياتِ، واختلفَتْ روايةُ أبي يوسفَ عن أبي حنيفةَ، والله أعلم.

❁ ❁ ❁

(١) زاد في «س»: (عنه).

باب الظّهار

نَحتاجُ في هذا البابِ إلى:

- بيانِ رُكنِ الظهارِ شرعًا.
- وإلى بيانِ شرائطِهِ.
- وإلى بيانِ حُكمِهِ.
- وإلى تَفسيرِ الكَفّارةِ.

أمّا رُكنُ الظهارِ شَرعًا فأن يقولَ لِزوجَتِهِ: «أنتِ عليَّ كظَهرِ أُمِّي»، فيقعُ بِهِ الظِّهارُ، نَوى أو لم يَنوِ؛ لأنّهُ صَريحٌ في بابِهِ، ولهذا إذا نَوى بِهِ تَحريمَ الطلاقِ، أو تحريمَ اليمينِ لا يَصِحُّ لِمَا قُلنا أنّهُ صَريحٌ في الظِّهارِ، فإذا نَوى غيرَهُ لا يَصِحُّ، ولو قال: أَرَدْتُ بِهِ الخَبَرَ عن الماضي كاذبًا لا يُصدَّقُ في القَضاءِ، ويُصدَّقُ فِيما بينَهُ وبينَ اللهِ تعالى.

وكذا إذا قال: «أنا مِنكِ مُظاهِرٌ»، أو «ظاهرْتُكِ»، كما إذا قال في الطلاقِ: «طَلَقْتُكِ»، و«أنتِ مُطلَّقةٌ»، أو «طالقٌ»؛ لأنَّ قولَهُ: «أنتِ عليَّ كظهرِ أُمِّي»، إنْ كانَ خَبَرًا صيغةً لكنَّهُ جُعِلَ إنشاءً في الشرعِ كقولِهِ: «أنتِ طالقٌ».

وكذا إذا أضافَ الظهارَ إلى جزءٍ شائِعٍ أو جامِعٍ من امرأتِهِ، ولو أضافَ إلى جزءٍ مُعيَّنٍ غيرِ جامِعٍ ولا شائِعٍ لا يجوزُ كالطلاقِ.

ولو شَبَّهَ امرأتَهُ بعضوٍ مِنْ أُمِّهِ غيرِ الظَّهرِ، فإنْ كان لا يجوزُ النَّظرُ إليهِ فهوَ ظِهارٌ، نحوَ البَطنِ والفَخِذِ والفَرجِ.

ولو شَبَّهَ امرأتَهُ بذواتِ المَحارِمِ غيرِ الأُمِّ، إنْ كانتْ مُحرَّمةً على التأبيدِ بِنَسَبٍ أو

رَضاعٍ أو مُصاهَرةٍ فإنَّهُ يكونُ ظِهارًا.

ولو شَبَّهَ امرأتَهُ بامرأةٍ مُحرَّمةٍ عليهِ في الحالِ، وهيَ ممَّنْ تَحِلُّ لهُ في حالةٍ أُخرى، مثلُ أختِ امرأتِهِ، أو امرأةٍ لها زَوجٌ، أو مَجوسيَّةٍ، أو مُرتدَّةٍ، لم يكنْ مُظاهِرًا؛ لأنَّ النَّصَّ وَرَدَ في الأُمِّ، وهيَ مُحرَّمةٌ على التأبيدِ.

وأمَّا شرائطُ صِحَّةِ الظِّهارِ:

فأنْ يكونَ المُظاهِرُ مُسلمًا عندَنا، وعندَ الشافعيِّ ليسَ بشرطٍ[1]، والصحيحُ قولُنا؛ لأنَّ حُكمَهُ هوَ الحُرمةُ المُؤقَّتةُ بالكَفَّارةِ، وهيَ عِبادةٌ، والكافرُ ليسَ مِنْ أهلِها، وهيَ مسألةٌ معروفةٌ.

ومنها: أنْ تكونَ المرأةُ مُحلَّلَةً بالنِّكاحِ لا بمِلكِ اليمينِ، حتى لو ظاهَرَ مِنْ أَمَتِهِ، أو مُدبَّرَتِهِ، أو أمِّ وَلدِهِ لا يَصِحُّ؛ لأنَّهُ حَكمٌ ثَبتَ بخِلافِ القِياسِ بالنَّصِّ، وأنَّهُ وَرَدَ في الزوجةِ، لقولِهِ تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمۡ ...﴾ الآية [المجادلة: ٣]، فلا يُقاسُ عَليها غيرُها.

ولو ظاهَرَ مِنَ المُختلِعَةِ والمُبانَةِ لا يَصِحُّ، وإنْ كانَ يَلحقُها صَريحُ الطلاقِ؛ لأنَّها ليسَتْ بمُحلَّلةٍ بالنكاحِ، وإنْ بَقِيَ النِّكاحُ مِنْ وَجهٍ.

وأمَّا حُكمُهُ فهوَ تَحريمُ الاستمتاعِ بها مِنَ الوطءِ ودَواعِيهِ مُؤقَّتًا إلى وُجودِ التَّكفيرِ، مَعَ بَقاءِ مِلكِ النِّكاحِ؛ لِمَا رُوِيَ عنِ النبي ﷺ أنَّهُ قالَ للمُظاهِرِ الذي وَاقَعَ امرأتَهُ: «استَغفِرِ اللهَ، ولا تَعُدْ حَتَّى تُكَفِّرَ»[2].

---

(١) انظر: كفاية النبيه في شرح التنبيه (١٤/ ٢٦٤)، وأسنى المطالب في شرح روض الطالب (٣/ ٣٦٣)، و الغرر البهية في شرح البهجة الوردية (٤/ ٣١٨).

(٢) أخرجه أبو داود (٢٢٢٣)، والترمذيُّ (١١٩٩) واللَّفظ له من حديث ابن عباس رضي الله عنهما، قال رسول الله ﷺ للمُظاهر الذي واقعَ امرأتَه: «ومَا حَمَلكَ على ذلكَ يَرْحَمُكَ اللهُ» قال: «رأيتُ=

ويجبُ على المرأةِ أنْ تَمنَعَ الزوجَ عَنِ الاستمتاعِ بها حتى يُكفِّرَ، وللمرأةِ أنْ تُطالِبَ الزوجَ بالوطءِ عندَ الحاكمِ، وعلى الحاكمِ أنْ يُجبِرَهُ حتى يُكفِّرَ ويَطأَ؛ لأنَّهُ أَضَرَّ بها في الامتناعِ عنِ الوطءِ معَ قِيامِ المِلكِ، وفي وُسعِهِ إزالَتُهُ بالتكفيرِ.

ثُم هذهِ الحُرمةُ لا تَزولُ بسببٍ مِنْ أسبابِ الإباحةِ ما لم تُوجدِ الكفَّارةُ، لا بالنكاحِ ولا بمِلكِ اليمينِ، ولا بإصابةِ الزوجِ الثاني، حتى إنَّ المُظاهِرَ إذا طَلَّقَها طلاقًا بائنًا وانقضَتْ عِدَّتُها، ثُم تَزوَّجَها لا يَحِلُّ لهُ وَطؤُها حتى يُكفِّرَ.

وكذا لو كانتِ الزوجةُ أَمَةَ الغيرِ، وظاهَرَ مِنها، ثُم اشتراها حتى بَطَلَ النِّكاحُ لم يَحِلَّ لهُ وَطؤُها بمِلكِ اليمينِ، حتى يُكفِّرَ.

وكذلكَ لو كانتْ حُرَّةً فارتدَّتْ عنِ الإسلامِ، ولحِقَتْ بِدارِ الحربِ فسُبِيَتْ، واشتَرَاها.

وكذلكَ لو طَلَّقَها ثلاثًا، فتزوَّجَتْ بزَوجٍ آخرَ، ثُم عادَتْ إليهِ بالنكاحِ لا تَحِلُّ لهُ حتى يُكفِّرَ، وإنْ صَحَّ النِّكاحُ.

ولو كَفَّرَ بعدَما أَبانَها أو طلَّقَها ثلاثًا صَحَّ التكفيرُ، حتى لو تَزوَّجَها حَلَّ لهُ وَطؤُها؛ لأنَّ صِحَّةَ التكفيرِ لا تَعتَمِدُ قِيامَ المِلكِ.

ولو كانَ الظِّهارُ مُؤقَّتًا إلى وَقتٍ بأنْ قال: «أنتِ عليَّ كظهرِ أُمِّي يَومًا، أو شهرًا، أو سَنةً»، ثم مَضَى الوقتُ يَسقطُ الظِّهارُ عندَنا خِلافًا للشافعيِّ[1]؛ لأنَّ الشَّرعَ جَعَلَ التَّكفيرَ مُزيلًا للظِّهارِ المُؤبَّدِ أو المُطلَقِ حتى تَنتَهِيَ الحُرمةُ، والمُؤقَّتُ يَنتهِي بمُضِيِّ الوقتِ.

= خَلْخَالِهَا في ضَوءِ القَمَرِ»، قال: «فلا تَقْرَبْها حتَّى تَفْعَلَ مَا أمَرَكَ اللهُ بِهِ»، وقال الترمذيُّ: «حسنٌ صحيحٌ غريب».

(١) انظر: الأم للشافعي (٧/ ١٦٧)، و الحاوي الكبير (١٠/ ٤٥٧)، و التهذيب في فقه الإمام الشافعي (٦/ ١٦٣).

ولو قال: «أنتِ عليَّ كأُمِّي»، فإنَّهُ يُرجَعُ إلى نِيَّتِهِ عندَ أبي حنيفةَ، إنْ أرادَ الإكرامَ لا يكون ظهارًا، وإنْ أرادَ الطلاقَ أو الظِّهارَ فهوَ كما نَوى، وإنْ أرادَ التحريمَ فهوَ إيلاءٌ.

وقال أبو يوسفَ: هوَ إيلاءٌ، وقال محمدٌ: هو ظِهارٌ.

ولو قال: «أنتِ عليَّ حَرامٌ كأُمِّي»، حُمل على نِيَّتِهِ، فإنْ لم تكنْ لهُ نِيَّةٌ كانَ ظِهارًا؛ لأنَّ حرفَ التشبيهِ يَختصُّ بالظِّهارِ.

وأمَّا بيانُ الكَفَّارةِ فنقولُ: الكفارةُ لا تجبُ إلا عندَ وجودِ الظِّهارِ والعَوْدِ، قال اللهُ تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾ [المجادلة: ٣]، وفيهِ كلامٌ أنَّ سببَ الوُجوبِ كِلاهما، أو أحدُهما، أو غيرُهما.

والعَوْدُ عندَنا هوَ العَزْمُ على وَطئِها بعدَ الظِّهارِ.

وقال الشافعيُّ: العَوْدُ هو أنْ يَسكُتَ المُظاهِرُ عن وَطئِها عَقِيبَ الظِّهارِ(١).

وقال أصحابُ الظَّواهِرِ: العَودُ أنْ يُكرِّرَ لفظَ الظِّهارِ(٢).

والصحيحُ قولُنا؛ لأنَّهُ بالظِّهارِ حَرَّمَ وَطأَها على نَفسِهِ، فمتى عَزَمَ على وَطئِها فقد قَصَدَ الرُّجُوعَ عنِ الأوَّلِ، والعَوْدُ هوَ الرُّجوعُ، فسُمِّيَ عَوْدًا.

ثُم الكَفَّارةُ تَجِبُ على التَّرتِيبِ: الإعتاقُ عندَ القُدرةِ، ثُم صِيامُ شهرَينِ مُتَتابِعَينِ عندَ العَجزِ عنِ الإعتاقِ، ثُم إطعامُ سِتينَ مِسكِينًا عندَ العَجزِ عَنِ الصَّومِ، عُرِفَ ذلكَ بالنَّصِّ، وهوَ قولُهُ تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المجادلة: ٣].

وإنَّما يُكَفِّرُ قَبلَ الوَطءِ لقولِهِ تعالى: ﴿مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾ [المجادلة: ٣]، فإنْ وَطِئَ قَبلَ أنْ يُكَفِّرَ فقدْ باشَرَ وَطأً حَرامًا، فعليهِ أنْ يَستغفِرَ اللهَ، ولا يَطَأَها حتى يُكفِّرَ.

---

(١) انظر: الإقناع للماوردي (١٥٦)، و التنبيه في الفقه الشافعي (١٨٦).

(٢) انظر: المحلى بالآثار (٩/ ١٩٣).

ولو أَعتقَ بَعضَ رَقبةٍ عن كفَّارَتِهِ، ثُم وَطِئَ، ثُم أَعتقَ ما بَقِيَ مِنها لم يُجزِهِ، وعليهِ أنْ يَستقبِلَ[1] عِتقَ رَقبةٍ؛ لأنَّ مِنْ أَصلِ أبي حنيفةَ أنَّ العِتقَ ممَّا يَتَجَزَّأُ، فيكونُ مُعتِقًا بَعضَهُ قَبلَ الوطءِ، وبَعضَهُ بعدَ الوطءِ، واللهُ تَعالى أَمَرَ بإعتاقِ رقبةٍ كاملةٍ قَبلَ المَسيسِ.

وعلى قولِهِما صَحَّ؛ لأنَّ العِتقَ عندَهما لا يَتجزَّأُ، فإعتاقُ البعضِ إعتاقُ الكلِّ.

ولو جامَعَ المُظاهِرُ في خلالِ الصومِ جِماعًا يُفسدُ الصومَ فإنَّهُ يَستقبِلُ بالإجماعِ؛ لأنَّ الواجبَ عليهِ صِيامُ شهرينِ مُتتابِعَينِ قَبلَ المَسيسِ معَ الإمكانِ، ولم يُوجَدْ.

ولو جامَعَ في الشهرينِ لَيلًا أو نَهارًا ناسيًا لِصومِهِ استقبَلَ في قولِ أبي حنيفةَ، وقال أبو يوسفَ: يَمضِي على صيامِهِ، وهيَ مسألةٌ معروفةٌ.

ولو جامَعَ في خِلالِ الإطعامِ لم يلزمْهُ الاستقبالُ بالإجماعِ؛ لأنَّ اللهَ تعالى لم يَذكُرْ في الإطعامِ تَركَ المَسيسِ، لكنْ يُمنعُ عن الوطءِ قَبلَ الفراغِ مِنَ الإطعامِ، لِجوازِ أنْ يَقدِرَ على الصومِ أو العِتقِ، فتَبيَّنَ أنَّ الوطءَ كانَ حرامًا.

ولو كَفَّرَ بالإعتاقِ يُعتِقُ رَقبةً كاملةَ الذَّاتِ والرِّقِّ على ما نُبيِّنُ في كتابِ الأيمانِ.

ولو كَفَّرَ بالإطعامِ أَطعمَ سِتينَ مِسكينًا، لكلِّ مِسكينٍ نِصفُ صاعٍ مِنْ بُرٍّ، أو دَقِيقٍ، أو سَوِيقٍ، أو صاعًا من تمرٍ، أو شعيرٍ، كما ذَكرنا في صَدقةِ الفِطرِ، وحُكمُهُ حُكمُ ذلكَ، واللهُ أعلم.

❀ ❀ ❀

---

(١) أي: يعتق رقبة غير التي أعتقها أولًا إن كان قادرا.

باب اللّعان

نحتاجُ في هذا البابِ إلى:

- بيانِ مشروعيةِ اللِّعانِ وماهيَّتِهِ.

- وإلى بيانِ سببِ وجوبِ اللِّعانِ.

- وإلى بيانِ شرائطِ الوجوبِ.

- وإلى بيانِ كَيفيةِ اللِّعانِ.

- وإلى بيانِ حُكمِهِ.

أمَّا الأوَّلُ فنقولُ: اللِّعانُ مَشروعٌ بينَ الزوجَينِ، وهيَ شهاداتٌ مُؤكَّداتٌ بالأيمانِ عندَنا.

وعند الشافعيِّ أيمانٌ مُؤكَّداتٌ بالشهادةِ(١).

ويكونُ قائمًا مَقامَ حَدِّ القَذفِ في جانبِ الرجلِ، ويكونُ قائمًا مَقامَ حَدِّ الزنا في جانبِ المرأةِ، ولهذا قُلنا: لا يَثبتُ بالشهادةِ على الشهادةِ، ولا بشهادةِ النساءِ معَ الرجالِ، ولا بكتابِ القاضي إلى القاضي.

وكذا إذا وُطِئتْ مُحصَنةٌ بشُبهةٍ فَقَذَفَها زَوجُها لم يجبِ اللِّعانُ، كما لو قَذَفَها أجنبيٌّ لا يجبُ حَدُّ القذفِ، فيسقطُ اللِّعانُ بالشبهةِ كالحَدِّ، وأصلُ ذلكَ قولُـه تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ

---

(١) انظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين (٨/ ٣٣٤)، والتدريب في الفقه الشافعي (٣/ ٣٨٢)، والغرر البهية في شرح البهجة الوردية (٤/ ٣٣٦).

يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ...﴾ الآية [النور: ٦].

وأمَّا بيانُ سبَبِ الوجوبِ فنقولُ:

سبَبُ وُجوبِ اللِّعانِ بينَ الزوجَينِ هوَ القَذفُ الصحيحُ عندَ وُجودِ شرائطِهِ مِنَ الزوجِ، ونَعني بالقذفِ الصحيحِ ما يكونُ مُوجِبًا للحَدِّ في حقِّ الأجنبيِّ، بأنْ كانَ عاقِلًا بالِغًا، والمرأةُ عاقلةً[1] بالغةً؛ لأنَّ القذفَ مِنَ الصغيرِ والمجنونِ ليسَ بمُوجِبٍ للحَدِّ لعدمِ الجِنايةِ، وكذلكَ قَذفُ المجنونةِ والصغيرةِ بالزنا كَذِبٌ؛ لأنَّهُ لا يُتصَوَّرُ الزنا مِنهما، فلا يكونُ قَذفًا صحيحًا[2].

وذلك نوعان:

أحدهما: أنْ يقولَ: «يا زانيةُ»، أو «زنيتِ بفُلانٍ»، أو «ولدُكِ مِنَ الزنا»، وأنكرَتِ المرأةُ، وخاصمَتْهُ إلى الحاكمِ، فعَجَزَ الزوجُ عن إقامةِ البينةِ على الزنا.

والثاني: أنْ يَنفِيَ ولدًا أقرَّ أنَّ امرأتَهُ وَلَدَتْهُ أو شهدَتِ امرأةٌ على الوِلادةِ فقال: «هذا ليسَ بابني»، وذلكَ قَبلَ الإقرارِ بالولدِ، وقبلَ مُضِيِّ مُدَّةِ تَهنِئَةِ الولدِ التي هيَ قائمةٌ مَقامَ الإقرارِ على ما يُعرفُ في كتابِ الدَّعوى إنْ شاءَ اللهُ تعالى.

ولو قال لامرأتِهِ وهيَ حامِلٌ: «ليسَ هذا الحَمْلُ مِني»، فهوَ ليسَ بقاذِفٍ، ولا لِعانَ بينَهما عندَ أبي حنيفةَ وزُفَرَ.

وقال أبو يوسفَ ومحمدٌ: إنْ جاءتْ بِوَلَدٍ لأقلَّ مِنْ سِتَّةِ أشهرٍ لَاعَنَها، ولو جاءتْ بهِ لِأكثرَ فلا لِعانَ.

واتَّفَقَ أصحابُنا أنَّهُ لا يُنفَى نَسَبُ الحَمْلِ قَبلَ الوِلادةِ.

---

(١) زيد في «أ»: (محصنة).

(٢) زيد في «أ»: (وكذلك إحصان المقذوف شرط).

وأمّا شرائطُ الوجوبُ:

فهوَ أنْ يكونا زَوجَينِ حُرَّينِ مُسلِمَينِ عاقِلَينِ بالِغَين غيرَ مَحدُودَينِ في قذفٍ، والمرأةُ عفيفةٌ(١).

أمّا قيامُ الزوجيةِ؛ فلأنَّ اللهَ تعالى خَصَّ اللِّعانَ بالأزواجِ، وجَعلَهُ حَدًّا للزوجِ قائمًا مَقامَ حَدِّ القَذفِ، ولهذا قالَ أصحابُنا: إنَّ مَنْ تَزوَّجَ امرأةً نِكاحًا فاسِدًا ثُم قَذَفَها لا يجبُ اللِّعانُ، ولو قَذَفَها الزوجُ فلم يَلتَعِنا حتى طَلَّقَها ثلاثًا، أو بائِنًا فلا حَدَّ ولا لِعانَ؛ لأنَّهُ انقطعَتِ الزوجيةُ، وحصلَ الفِراقُ، وحكمُ اللِّعانِ التفريقُ والتحريمُ فلا يَصِحُّ اللِّعانُ بدونِ حُكمِهِ، ولو كانَ الطلاقُ رَجعيًّا يُلاعِنُ لِقيامِ الزوجيةِ.

وأمّا الحريةُ فلأنَّ العبدَ والأَمَةَ ليسا مِنْ أهلِ الشهادةِ، واللِّعانُ شهاداتٌ فيها معنى الأيمانِ، وكذلكَ الحريةُ في جانِبِها مِنْ شرائطِ الإحصانِ، وإحصانُ المَقذُوفِ شرطٌ.

وأمّا اعتبارُ العقلِ والبلوغِ فلِما قُلنا أنَّهُ لا يَصِحُّ القذفُ بدونِ العقلِ والبلوغِ.

وأمّا اعتبارُ نَفيِ حَدِّ القَذفِ فلأنَّ المَحدُودَ في القذفِ لا شهادةَ لهُ.

وأمّا اعتبارُ الإسلامِ، أمّا في جانِبِها مِنْ بابِ الإحصانِ فإنَّ المرأةَ الكافرةَ لا يَجبُ بقذفِها الحَدُّ، فكذلكَ اللِّعانُ.

وأمّا الزوجُ الكافرُ إذا قَذَفَ الزوجةَ المسلمةَ فلا لِعانَ عليهِ؛ لأنَّهُ ليسَ مِنْ أهلِ الشهادةِ على المُسلمينَ، وصورةُ المسألةِ في الكافرِ إذا أَسلمَتِ امرأتُهُ، فلم يُعرَضْ عليهِ الإسلامُ حتى قَذَفَها، فيُحَدُّ، ولا يُلاعِنُ.

فما لم تُوجدْ هذهِ الشرائطُ لا يَجبُ اللِّعانُ، لكنَّ بعضَها شرطُ وجوبِ اللِّعانِ، وبعضَها شرطُ تَحقُّقِ القذفِ وصحتِهِ.

---

(١) سقط من «ز» و«س»: (والمرأة عفيفة).

ثُم متى سقطَ اللِّعانُ وبَطَلَ، هل يَسقطُ الحَدُّ عن الرجلِ؟

قال مشايخُنا: إنْ بَطَلَ لمعنًى مِنْ جهةِ الزوجِ يجبُ الحدُّ ولا يجبُ اللِّعانُ، وهذا صحيحٌ إذا كانَ القذفُ صَحيحًا، كقذفِ البالغِ العاقلِ إذا أَكذَبَ نفسَهُ يجبُ الحَدُّ، ولا يجبُ اللِّعانُ، فأمَّا إذا لم يكنِ القذفُ صَحيحًا كقَذفِ الصبيِّ والمجنونِ فإنَّهُ لا يجبُ الحَدُّ ولا اللِّعانُ، وإنْ سقطَ بمعنًى مِنْ جهةِ الزوجِ.

وقالوا: إنْ بَطَلَ لمعنًى مِنْ جهةِ المرأةِ لم يجبْ على الزوجِ حدٌّ ولا لِعانٌ، كما إذا صَدَّقتْهُ، وكذا إذا كانتْ حُرَّةً عفيفةً مسلمةً، إلَّا أنَّها مَحدودةٌ في قذفٍ فلا حَدَّ ولا لعانَ؛ لأنَّ المعنى مِنْ جِهتِها، وهوَ أنَّها ليستْ مِنْ أهلِ الشهادةِ معَ كونِ القذفِ صحيحًا.

وإذا كانَ المعنى مِنْ جِهتِها، والقذفُ ليسَ بصحيحٍ فلا يجبُ الحَدُّ واللِّعانُ جميعًا أيضًا، حتى إذا كانتِ الزوجةُ كافرةً أو أَمَةً أو صغيرةً أو مجنونةً أو زانيةً فلا حَدَّ ولا لِعانَ؛ لأنَّ القذفَ ليسَ بصحيحٍ؛ لأنَّ المرأةَ ليستْ بمُحصَنةٍ.

وإذا كانَ كلُّ واحدٍ مِنَ الزوجَينِ مَحدُودًا في قَذفٍ يجبُ الحدُّ، ولا يجب اللِّعان؛ لأنَّ القَذفَ صحيحٌ، والمانعُ مِنْ جِهةِ الزوجِ، ولا عِبرةَ بجانِبِها، وعلى هذا تَدورُ المسائلُ.

وأمَّا تفسيرُ اللِّعانِ:

فإنْ كانَ القَذفُ بصريحِ الزنا، فأَنكرَتِ المرأةُ وخاصَمَتْهُ إلى القاضي، فأَمَرَهُ بإقامةِ البيِّنةِ على صِدقِ مَقالَتِهِ فعَجَزَ عن إقامةِ البيِّنةِ، فإنَّهُ يَبتَدِئُ مِنْ جهةِ الزوجِ، ويأمرُهُ باللِّعانِ، فيقومُ الزوجُ، ويقولُ: «أَشهدُ باللهِ إنِّي لَمِنَ الصادقِينَ فِيما رَمَيتُها بهِ مِنَ الزنا»، فيقولُ ذلكَ أربعَ مَرَّاتٍ، ثُم يقولُ في الخامسةِ: «إنَّ لعنةَ اللهِ عليهِ إنْ كنتُ مِنَ الكاذِبينَ فيما رَمَيتُها بهِ مِنَ الزنا»، ويُقبِلُ بوَجهِهِ على المرأةِ في كلِّ ذلكَ.

ثُم يأمُرُها باللِّعانِ، فتقومُ، وتُواجِهُ زَوجَها، وتقولُ: «أشهدُ باللهِ إنَّهُ لَمِنَ الكاذِبينَ فيما رَمَاني بهِ مِنَ الزنا»، أربعَ مَرَّاتٍ، ثُم تقولُ في الخامسةِ: «إنَّ غَضَبَ اللهِ عليها إنْ كانَ مِنَ الصادِقِينَ فيما رَمَاني به مِنَ الزنا»، فإذا قالتْ ذلكَ تمَّ اللِّعانُ بينَهما.

وإنْ كانَ القَذفُ بِنَفيِ الولدِ، وكذَّبتْهُ المرأةُ، وخاصمَتْهُ إلى الحاكمِ، فإنَّهُ يأمرُ الحاكمُ الزوجَ باللِّعانِ، وهوَ أنْ يقومَ الرجلُ فيقولَ: «أشهدُ باللهِ إنِّي لَمِنَ الصادِقِينَ فيما رَميتُها بهِ مِنْ نَفيِ وَلَدِها هذا»، أربعَ مَرَّاتٍ، ويقولُ في الخامسةِ: «إنَّ لَعنةَ اللهِ عليهِ إنْ كنتُ مِنَ الكاذِبينَ فيما رَميتُها بهِ مِنْ نَفيِ وَلَدِها هذا».

ثم يَأمُرُ المرأةَ أنْ تقولَ: «أشهدُ باللهِ إنَّهُ لَمِنَ الكاذِبينَ فِيما رَمَاني به مِنْ نَفيِ وَلَدي هذا»، أربعَ مَرَّاتٍ، ثُم تقولُ في الخامسةِ: «إنَّ غَضَبَ اللهِ عليها إنْ كانَ مِنَ الصادِقِينَ فِيما رَماني به مِنْ نَفيِ وَلَدي هذا».

والقيامُ ليسَ بِشَرطٍ، ولا يَضُرُّهُ قالَ ذلكَ قائمًا أو قاعدًا، كذا رواهُ الحسنُ عنْ أبي حنيفةَ.

فإذا قال ذَلكَ تَمَّ اللِّعانُ بينَهما، وإذا تَمَّ اللِّعانُ بينَهما لا تَقَعُ الفُرقةُ ما لم يُفرِّقِ القاضي بينَهما، فينبغي أنْ يُفرِّقَ القاضي بينَهما في الفَصلِ الأوَّلِ، وفي الفَصلِ الثاني يُفرِّقُ بينَهما، ويَقضِي بِنَفيِ الولدِ، وقَطعِ النَّسبِ مِنَ الأبِ، ويُلحَقَ بالأمِّ؛ لأنَّ التفريقَ وقَطعَ النسبِ كِلاهما حُكمُ اللِّعانِ، إذا كانَ اللِّعانُ بالقذفِ بنَفيِ الولدِ فلا بُدَّ مِنْ قَضاءِ القاضي بقَطعِ النَّسبِ.

وأمَّا حُكمُ اللِّعانِ:

فهو ثُبوتُ حقِّ التفريقِ فإذا تَمَّ اللِّعانُ يُفرِّقُ القاضي بينَهما، فلا تَقَعُ الفُرقةُ بنَفسِ اللِّعانِ، وهذا مَذهبُ عُلمائِنا.

وقال زُفرُ: تَقعُ الفُرقةُ بِلِعانِهما.

وقال الشافعيُّ: بِلِعانِ الزوجِ(١).

ثُم اختلف أصحابُنا فيما بينَهم:

قال أبو حنيفةَ ومحمدٌ: هيَ تَطليقةٌ بائنةٌ، فيزولُ بهِ مِلكُ النِّكاحِ، وتَثبتُ حُرمةُ الاجتماعِ والتزوجِ إلى وقتِ الإكذابِ وإقامةِ الحدِّ.

وقال أبو يوسفُ وزُفرُ: هيَ فُرقةٌ بغيرِ طلاقٍ تُوجِبُ تَحريمًا مُؤبَّدًا، وأصله قوله ﷺ: «المُتَلَاعِنَانِ لا يَجْتَمِعَانِ أَبَدًا»(٢).

فأخذَ أبو يوسفَ وزُفرُ بظاهرِ الحديثِ، وأبو حنيفةَ ومحمدٌ أَخذا بمَعناهُ، وهوَ أنَّ المُتَلاعِنَينِ لا يَجتمعانِ أبدًا ما داما مُتَلاعِنَينِ، فإنَّ حقيقةَ المُتَفاعِلِ هو المُتَشاغِلُ بالفِعلِ حقيقةً أو حُكمًا، فإذا زالَ اللِّعانُ حَقيقةً وحكمًا لا يَبقَى حُكمُهُ.

ثُم إذا وَقَعتِ الفُرقةُ بتَفريقِ القاضي، وثَبَتَتْ حُرمةُ الاجتماعِ، فإذا أَكذَبَ الزوجُ نفسَهُ وضُرِبَ الحدَّ يُباحُ لهُ أنْ يَتزوَّجَها؛ لأنَّه بَطَلَ القَذفُ، وخَرجَ مِنْ أنْ يكونَ مِنْ أهلِ اللِّعانِ بِصَيرُورَتِهِ مَحدُودًا في القَذفِ فلا يَبقَى اللِّعانُ، وكذلكَ إذا صَدَّقَتْهُ المرأةُ بعدَ الفُرقةِ؛ لأنَّها صارَتْ مُعترِفةً، وبَطَلَ القَذفُ، فيَبطُلُ حُكمُ اللِّعانِ، وكذلكَ إذا حُدَّتْ في قَذفٍ.

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (٨/ ١٥٩)، ونهاية المطلب في دراية المذهب (١٥/ ٥٤)، والتدريب في الفقه الشافعي (٣/ ٣٨٩).

(٢) أخرجه الدارقطني (٣٧٠٦)، والبيهقي في «الكبرى» (١٥٣٥٤) بسند صحيح من حديث ابن عمر رضي الله عنهما بلفظ: «المُتلاعِنانِ إذا تَفرَّقا لا يَجتَمعَانِ أبدًا»، وأخرجه أبو داود (٢٢٥٠) من حديث سهل بنِ سعدٍ رَفعَه، قال: «فمَضَت السُّنة بعدُ في المُتَلاعنَيْنِ أن يُفَرَّقَ بينهُما ثُمَّ لا يَجْتَمِعانِ أبدًا»، انظر «البدر المنير» (٨/ ١٨٨).

فإنْ أَخطأَ القاضي فَبَدَأَ بالمرأةِ ثُم بالرجلِ، فإنَّهُ يَنبغِي لهُ أنْ يُعيدَ اللِّعانَ على المرأةِ؛ لأنَّها شهادةٌ، وإنَّما يُبدَأُ بشهادةِ المُدَّعِي، ثُم بشهادةِ المُدَّعَى عليهِ بطريقِ الدَّفعِ، ولهذا يُبدَأُ بالرجلِ، فإنْ أَخطأَ يَجبُ الاستدراكُ بالإعادةِ، فإنْ لم يُعِدْ جازَ؛ لأنَّهُ قَضَى في مَوضِعِ الاجتهادِ، فإنَّ عندَ بعضِهم اللِّعانُ أيمانٌ، وفي التحالفِ يَجوزُ تقديمُ يَمينِ أَيِّهِما كانَ.

ولو أَخطأَ القاضي، وفَرَّقَ قبلَ تَمامِ اللِّعانِ، فإنْ كانَ كُلُّ واحدٍ مِنهُما قَدِ التَعَنَ أكثرَ اللِّعانِ وقعَتِ الفُرقةُ، وإن لم يَلتَعِنا أكثرَ اللِّعانِ، أو كانَ أحدُهما لم يَلتَعِنْ أكثرَ اللِّعانِ لم تَقعِ الفُرقةُ؛ لأنَّهُ قضاءٌ بِطَريقِ الاجتهادِ في مَوضِعٍ يُسوَّغُ فيهِ الاجتهادُ؛ لأنَّ للأكثرِ حُكمَ الكُلِّ في كثيرٍ مِنَ الأحكامِ، وفي الفصلِ الثاني قَضاءٌ في مَوضِعٍ لا يُسوَّغُ فيهِ الاجتهادُ، فلا يَنفُذُ.

وإذا امتَنَعَ أحدُ الزَّوجَينِ عن الالتِعانِ فإنَّ القاضي يَحبِسُهُ حتى يَلتَعِنَ، وعندَ الشافعيِّ لا يُحبَسُ، ولكنْ يُحَدُّ حَدَّ القَذفِ[1]، واللهُ تعالى أعلم.

❁ ❁ ❁

(١) انظر: الحاوي الكبير (١١/ ٧)، و نهاية المطلب في دراية المذهب (١٥/ ٣٦)، و بحر المذهب للروياني (١٠/ ٣٢٢).

باب فرقة العنّين

لا خِلافَ بينَ العُلماءِ أنَّ الجَبَّ والعُنَّة عَيبٌ يَثبتُ بِهما الخِيارُ للمرأةِ في التفريقِ والبقاءِ على النّكاحِ.

واختَلفَ أصحابُنا في عُيوبٍ أُخَرَ بالزوجِ يُخِلُّ بالوطءِ، مثلِ الجُنونِ والجُذامِ[1] والبَرَصِ[2]، قال أبو حنيفةَ: لا يَثبتُ الخِيارُ، وقال محمدٌ والشافعيُّ: يَثبتُ[3].

وأجمعَ أصحابُنا أنَّه لا يُفسَخُ النّكاحُ بِعُيوبٍ في المرأةِ، وقالَ الشافعيُّ: يُفسَخُ بعيوبٍ خمسةٍ: الجُنونُ والجُذامُ والبَرَصُ والرَّتَقُ[4] والقَرَنُ[5]، وهي مسألةٌ معروفةٌ.

إذا ثَبتَ هذا نَقولُ: إذا ادَّعَتِ المرأةُ أنَّ زَوجَها مَجبُوبٌ أو عِنِّينٌ، ورَفَعَتِ الأمرَ إلى القاضي فإنَّهُ يَسألُ الزوجَ عن ذلكَ أنَّهُ هل وَصَلَ إليها أم لا؟

فإنْ أنكَرَ العَيبَ ففي المَجبُوبِ يُعرَفُ بالمَسِّ مِنْ وَراءِ الإزارِ، وإنْ أَقَرَّ ثَبَتَ لها الخِيارُ في المَجبُوبِ؛ لأنَّهُ لا فائدةَ في التأجيلِ.

---

(١) الجذام: داء معروف لتجذم الأصابع وتقطُّعها، انظر «لسان العرب» (جذم).

(٢) البرص: داء معروف وهو بياض يقع في الجسد، انظر «لسان العرب» (برص).

(٣) انظر: الأم للشافعي (٥/ ٩١)، والحاوي الكبير (٩/ ١٤٥)، و التهذيب في فقه الإمام الشافعي (٥/ ٤٥١).

(٤) الرَّتَق: التصق ختانها فلم تنل لارتتاق ذلك الموضع منها، فهي لا يستطاع جماعها، انظر «لسان العرب» (رتق).

(٥) القَرَنُ: العيب في المرأة وتسمى القرناء، وهي التي في فرجها مانعٌ يمنَعُ من سلوك الذكَرِ فيه، إما غدةٌ غليظةٌ أو لحمةٌ مرتتقةٌ أو عظمٌ يقال لذلك كلمة القَرَن، انظر «لسان العرب» مادة (قرن).

وفي العِنِّينِ إنْ أَقَرَّ، وصَدَّقَها في ذلكَ يُؤَجِّلُهُ القاضي سنةً، وإنْ أنكَرَ أنَّهُ عِنِّينٌ، وقال: وَصلتُ إليها، فإنَّ القاضي يَسأَلُ المرأةَ: «أَهِيَ بِكْرٌ أم ثَيِّبٌ؟».

فإنْ قالتْ: «ثَيِّبٌ»، فإنَّهُ يَجعَلُ القولَ قولَ الزوجِ؛ لأنَّ الظاهرَ شاهدٌ لهُ؛ لأنَّ مَنْ خَلا بالثَّيِّبِ فالظاهرُ أنَّه يَطَؤُها.

وإنْ قالتْ: «إنِّي بِكْرٌ»، نَظَرَ إليها النِّساءُ، والمرأةُ الواحدةُ كافيةٌ، والأكثرُ أوثَقُ، فإنْ قُلْنَ: «إنَّها بِكْرٌ»، فالقولُ قولُها؛ لأنَّ قِيامَ البَكارَةِ يَدلُّ عليهِ، وقولُ النِّساءِ فِيما لا يَطلَّعُ عليهِ الرجالُ مَقبُولٌ.

وإذا ثَبتَ أنَّه لم يَصِلْ إليها إمَّا بإقرارِهِ، أو بظُهُورِ البَكارَةِ فإنَّ القاضي يُؤَجِّلُهُ حَولًا، وإنَّما يُعتَبَرُ الأجلُ سَنَةً؛ لأنَّ الامتناعَ مِنَ الوَطءِ قدْ يكونُ للعَجزِ، وقدْ يكونُ لِبُغضِهِ إيَّاها، فإذا أُجِّلَ فيُقدِمُ على الوَطءِ دَفعًا للعارِ عن نَفسِهِ إنْ كانَ قادِرًا.

فَأَوَّلُ الأجلِ مِنْ حِينِ الإقرارِ وظُهورِ البَكارةِ، ولا يُحتَسَبُ على الزوجِ ما قَبلَ التأجيلِ، ويُعتبَرُ الأجلُ بسَنَةٍ شَمسيَّةٍ؛ لأنَّ الفُصولَ تكمُلُ فِيها، فيُحتمَلُ أنْ يَزولَ الداءُ في المُدَّةِ التي بينَ الشَّمسيَّةِ والقمريَّةِ.

فإذا حَالَ الحَولُ، فَرفَعَتِ الأمرَ إلى القاضي وادَّعَتْ أنَّهُ لم يَصِلْ إليها فإنَّهُ يَسألُ الزوجَ عن ذلكَ، فإنْ قال: «قدْ وَطِئْتُها، وهيَ ثَيِّبٌ»، فالقولُ قولُهُ، وإنْ كانتْ بِكْرًا نَظَرَ إليها النساءُ، فإنْ قُلنَ: «إنَّها بِكْرٌ»، فالقولُ قولُها، وإنْ قُلنَ «إنَّها ثَيِّبٌ»، فالقولُ قولُ الزوجِ.

فإذا ثَبتَ عَدمُ الوُصولِ إليها إمَّا باعترافِهِ، أو بِظُهورِ البَكارةِ فإنَّ القاضي يُخيِّرُها؛ لأنَّ العَيبَ قدِ استَقرَّ، فإنِ اختارَتِ المُقامَ بَطَلَ حَقُّها، ولم يكنْ لها خُصومةٌ أبدًا في هذا النكاحِ؛ لأنَّها رَضِيَتْ بالعيبِ، وإنِ اختارَتِ الفُرقةَ يُفرِّقُ القاضي بينَهما، ويكونُ تَطليقَةً بائنةً على ما مَرَّ.

ولو وَصَل إليها مَرَّةً، ثُم عَجَزَ عُرِفَ ذلكَ بإقرارِها فإنَّ القاضي لا يُخيِّرُها؛ لأنَّهُ وَصَلَ حقُّها إليها؛ لأنَّهُ يَجبُ كَمالُ المَهرِ، فلا يُعتبَرُ ما زادَ عليهِ، وإذا خَيَّرَها الحاكمُ، فوَجدَ مِنها ما يَدُلُّ على الإعراضِ يَبطلُ خِيارُها كما في المُخيَّرةِ[1].

وقال أصحابُنا: إنَّ العنِّينَ إذا أُجِّلَ سنةً، فَشهرُ رمضانَ وأيَّامُ الحَيضِ مَحسوبةٌ مِنَ الأَجَلِ؛ لأنَّ التأجيلَ سَنَةٌ، عَرفْنا ذلكَ بإجماعِ الصحابةِ مِنْ غيرِ استثناءِ هذهِ الأيامِ معَ عَلمِهِمْ بذلكَ.

وأمَّا إذا مَرِضا في المُدَّةِ مَرضًا لا يُمكِنُ الجماعُ معَهُ، فإنْ كانَ أقلَّ مِنْ نِصفِ شهرٍ احتُسِبَ عليهِ، وإنْ كانَ أكثرَ مِنْ نِصفِ شهرٍ لم يُحتَسَبْ عليهِ، وكذلكَ الغَيْبَةُ، ورُوِيَ عن محمدٍ أنَّهُ قَدَّرَ ذلكَ بالشهرِ، وفيهِ رِواياتٌ، وهذا أَوفَقُ؛ لأنَّ الشهرَ في حُكمِ الأَجَلِ في كثيرٍ مِنَ المَواضِعِ.

هذا إذا لم تكنِ المرأةُ رَتقاءَ، فإنْ كانتْ رَتقاءَ، وكانَ زَوجُها عِنِّينًا فلا يُؤجِّلُهُ القاضي؛ لأنَّهُ لا حقَّ لها في الوطءِ، إنَّما حَقُّها الاستمتاعُ والمِساسُ.

ولو عَلِمَتِ المرأةُ بالعُنَّةِ عندَ العَقدِ، ورَضِيتْ بالعَقدِ فإنَّهُ لا خِيارَ لَها، كمَنِ اشترَى عَبدًا وهو عالِمٌ بِعَيبِهِ.

وإنْ كانَ زَوجُ الأَمَةِ عِنِّينًا فالخِيارُ في ذلكَ إلى المَولى عندَ أبي يوسفَ، وقال زُفَرُ: الخِيارُ إلى الأَمَةِ، ورَوَى الحسنُ عن أبي حنيفةَ مثلَ قولِ أبي يوسفَ، واللهُ أعلم.

❀❀❀

(١) في «ز»: (المخيرة المجنونة).

بَابُ الحَضَانَةِ

الوِلايةُ إلى العَصَبَاتِ في الجُملةِ، والحَضانةُ إلى ذَواتِ الرَّحِمِ المَحرَمِ؛ لأنَّ الحضانةَ تُبتنَى على الشفقةِ والرِّفقِ بالصغارِ، وذلكَ مِنْ جانبِ النِّساءِ أَوفَرُ، وهُنَّ بالتربيةِ أعلمُ، ويكونُ الأقربُ فالأقربُ أَوْلَى.

ثُم الأقربُ هيَ الأمُّ، ثُم الجَدَّةُ أمُّ الأمِّ، ثُم الجَدَّةُ أمُّ الأبِ، ثُم الأَخَواتُ، فأَوْلَاهُنَّ الأختُ لأبٍ وأمٍّ، ثُم الأختُ لأمٍّ، ثُم الأختُ لأبٍ، ثُم بناتُ الأختِ على هذا الترتيبِ، ثُم بناتُ الأخِ على هذا الترتيبِ، وهذا على الروايةِ التي تُقدِّمُ الأختَ لأبٍ على الخالةِ، وهيَ روايةُ محمدٍ عن أبي يوسفَ عن أبي حنيفةَ، وروايةُ الحسنِ عن أبي يوسفَ[1].

وفي روايةٍ[2] عن أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ أنَّ الخالةَ أَوْلَى مِنَ الأختِ لأبٍ، وهوَ قولُ محمدٍ وزُفرَ.

ثُم بعدَ[3] الأَخواتِ وأولادِهِنَّ مِنَ الإناثِ الخالاتُ على الترتيبِ، الخالةُ لأبٍ وأمٍّ، ثُم الخالةُ لأمٍّ، ثُم الخالةُ لأبٍ، ثُم العَمَّاتُ على الترتيبِ، العَمَّةَ لأبٍ وأمٍّ، ثُم العَمَّةُ لأمٍّ، ثُم العَمَّةُ لأبٍ.

فأمَّا بَناتُ العَمِّ والخالِ والعَمَّةِ والخالةِ فلا حقَّ لَهنَّ في الحضانةِ[4]؛ لأنَّ لهنَّ رَحِمًا غيرَ مَحرَمٍ.

---

(١) في «أ»: (حنيفة).

(٢) زيد في «أ» و«س»: (محمد).

(٣) في «ز»: (تقدم).

(٤) زاد بعدها في «ز»: (والتربية).

ثُم الأمُّ والجَدَّاتُ أَحقُّ بالغلامِ إلى أنْ يأكلَ وَحدَهُ، ويَشربَ وَحدَهُ ويَلبَسَ وَحدَهُ، وفي روايةٍ عن محمدٍ: ويَتوضَّأَ وَحدَهُ، ويَستَنجِيَ وَحدَهُ، فأمَّا الجاريةُ فهي أحقُّ بها حتى تَحيضَ، والقياسُ أنْ يكونَ لَهنَّ حقُّ الحضانةِ في الغلامِ إلى وَقتِ البُلوغِ؛ لِحاجةِ الصِّغارِ إلى التربيةِ في الجملةِ إلى وقتِ البُلوغِ، إلَّا أنَّا استحسنَّا في الغلامِ؛ لأنَّهُ يَحتاجُ إلى التأديبِ، والأبُ أقدرُ.

ثُم عندَنا ليسَ للصغيرِ العاقِلِ اختيارُ أَحَدِ الأَبَوَينِ في الحضانةِ، وقال الشافعيُّ: يُخيَّرُ الصَّبيُّ[1]، والصحيحُ قَولُنا؛ لأنَّهُ لا يَعرِفُ الأنظَرَ مِنهما.

وأمَّا مَنْ لا وِلادَ لها مِنَ النساءِ فلا حقَّ لَهنَّ في الغلامِ والجاريةِ بعدَ الاستغناءِ بأنفسِهِما فيما ذَكرْنا، وينتقلُ الحقُّ إلى العَصبَاتِ مِنْ ذَوي الرَّحِمِ المَحرَمِ الأقربِ فالأقربِ على الترتيبِ إلا[2] بَني الأعمامِ؛ لأنَّ الحاجَةَ إلى الحِفظِ، وخَوفُ الصغيرِ مِنَ العَصبةِ أَشدُّ منهُ في غيرِ الأمَّهاتِ مِنْ ذَواتِ الرَّحِمِ المَحرَمِ.

وأمَّا بنو الأعمامِ فلا حقَّ لَهم في الحضانةِ؛ لأنَّ لهم رَحِمًا غيرَ مَحرَمٍ، ويَحِلُّ لَهم نِكاحُها، فلا يُؤمَنُ عَليها.

ثُم مَنْ كانَ مِنْ عَصَبَتِها مِمَّنْ لا يُؤمَنُ عليها مِنْ ذَوِي الرَّحِمِ المَحرَمِ لِفسقِهِ ومَجانَتِهِ لم يكنْ لهُ فِيها حقٌّ؛ لأنَّ في كَفالَتِهِ لها ضَرَرًا عَليها، فإنْ لم يكنْ للجاريةِ مِنْ عَصَبَاتِها غيرُ ابنِ العَمِّ فالاختيارُ إلى القاضي، إنْ رَآهُ أَصلحَ يُضَمُّ إليهِ، وإلَّا فَيَضَعُ عندَ أَمينِهِ.

وهذا الذي ذَكرْنا مِنْ ثُبوتِ حَقِّ الحَضانةِ لِذَواتِ الرَّحِمِ المَحرَمِ إذا لم يكنْ لَهُنَّ أزواجٌ، فأمَّا مَنْ لها زوجٌ فلا حقَّ لها إلا إذا كانَ زَوجُها ذا رَحِمٍ مَحرَمٍ مِنَ الصغيرِ؛

---

(١) انظر: التهذيب في فقه الإمام الشافعي (٤/ ٥٧٢)، و روضة الطالبين وعمدة المفتين (٥/ ٤٢٠-٤٢١).

(٢) في «أ» «س»: (إلى).

لأنَّهُ يَلحَقُهُ الجفاءُ والمَذَلَّةُ مِنْ زوجِ الأمِّ إذا كانَ أجنبيًّا، ويَضعُهُ القاضي حيثُ يَشاءُ، بمَنزِلةِ مَنْ لا قَرابةَ لهُ.

وأمُّ الولدِ والزوجةُ في الحَضانةِ على السواءِ إذا أُعتقَتْ، فأمَّا الرَّقيقةُ فلا حقَّ لها في حَضانةِ الولدِ الحُرِّ؛ لأنَّهُ ضَربٌ مِنَ الولايةِ، والرِّقُّ يُنافِي الوِلايةَ.

وأهلُ الذِّمَّةِ في هذا بمَنزِلةِ أهلِ الإسلامِ؛ لأنَّ هذا أمرٌ يُبتَنى على الشفقةِ، ولو كانتِ الأمُّ كافرةً والولدُ[1] مُسلمٌ، ذَكَرَ في «الأصل» أنَّها في الحَضانةِ كالمُسلمةِ، وكانَ أبو بَكرٍ الرازيُّ يقولُ: إنَّها أَحقُّ بالصغيرةِ والصغيرِ حتى يَعقِلا، فإذا عَقَلا سَقَطَ حَقُّها[2]؛ لأنَّها تُعوِّدُهُم أخلاقَ الكَفَرةِ.

ولا حقَّ للمُرتَدَّةِ في الولدِ؛ لأنَّها تُحبَسُ، وفي الحبسِ ضَرَرٌ بالصَّبيِّ.

وإذا ثَبتَ أنَّ حقَّ الحضانةِ للأمِّ، فإذا أرادتْ أنْ تَخرجَ بالوَلدِ إلى بلدٍ آخرَ، هل للأبِ حقُّ المنعِ؟ فلا يَخلُو إمَّا أنْ تكونَ الأمُّ زوجتَهُ، أو مُطلَّقةً بائنةً:

فإنْ كانتْ زوجتَهُ فللزوجِ حقُّ المَنعِ مِنَ الخُروجِ بنَفسِها ووَلَدِها.

وأمَّا إذا كانتْ مَبتُوتةً فإمَّا أنْ تَخرجَ بوَلَدِها إلى بلدِها أو إلى بلدٍ آخرَ، وقدْ وَقَعَ النِّكاحُ في ذلكَ البلدِ أم لا، ويكونُ قَريبًا أو بَعيدًا يَقدِرُ الأبُ على مُشاهدَةِ الوَلدِ، والعودِ إلى بيتِهِ قبلَ الليلِ.

أمَّا إذا أَرادتِ الخروجَ إلى بلدِها، وكانَ البلدُ بَعيدًا، إنْ وَقَعَ النِّكاحُ فيهِ ليسَ للأبِ حقُّ المَنعِ؛ لأنَّهُ لَمَّا عَقَدَ النِّكاحَ ثَمَّةَ فالظاهرُ أنَّهُ التَزَمَ المُقامَ فيهِ؛ لأنَّ الظاهرَ أنَّ الزَّوجَ يُقيمُ في البلدِ الذي تَزَوَّجَ فيهِ، إلَّا أنَّهُ يَلزَمُها اتِّباعُ الزوجِ إذا أَعطَى جَميعَ المَهرِ حيثُ

(١) في «س»: (الأب).
(٢) في «ز»: (حقهما).

شاءَ، أو رَضِيَتْ بذلكَ، فإذا زَالتِ الزوجيةُ لم تَجِبِ المُتابعةُ، فيَعودُ الأمرُ الأوَّلُ.

وإنْ لم يَقَعْ عَقدُ النِّكاحِ في بلدِها فليسَ لَها أنْ تَنقُلَ وَلَدَها إلى ذلكَ البلدِ؛ لأنَّ فيهِ التفريقَ بينَ الأبِ وبينَ وَلَدِهِ الصغيرِ، وفيهِ ضَرَرٌ بالأبِ، ولم يَلتزِمِ الضررَ حيثُ لم يَتزوَّجْ ثَمَّ.

وإنْ أرادَتْ أنْ تَنقلَ الولدَ إلى البلدِ الذي وَقَعَ فيهِ النِّكاحُ، وليسَ ذلكَ بَلدَها فليسَ لَها ذلكَ؛ لأنَّهُ ليسَ وطنَها، فهيَ دارُ غُربةٍ لَها، كما أنَّ البلدَ الذي فيهِ الزوجُ دارُ غُربةٍ فَتساوَيا، فليس لَها أنْ تُلحِقَ الضررَ بالأبِ.

وأمَّا إذا كانَ البلدُ قَريبًا بحيثُ يَقدِرُ الأبُ أنْ يَجيءَ إلى الولدِ ويَراهُ، ثُم يَعودَ إلى مَنزِلِهِ قَبلِ الليلِ فلَها ذلكَ، ويكونُ ذلكَ بمَنزلةِ أطرافِ المِصرِ؛ لأنَّهُ ليسَ فيهِ كثيرُ ضررٍ.

وأمَّا أهلُ القُرَى إذا أرادَتِ المَبتُوتةُ أنْ تَنتَقِلَ بالصَّبيِّ إلى قَريتِها مِنْ قريةِ الأبِ، إنْ وَقَعَ النِّكاحُ فيها فَلَها ذلكَ، وإنْ وَقَعَ النِّكاحُ في غَيرِها فليسَ لَها أنْ تَنقلَ الصَّبيَّ إلى قَريتِها، ولا إلى القريةِ التي وَقَعَ النِّكاحُ فيها إذا كانتْ بَعيدةً كما في البَلَدَينِ.

وإنْ كانتْ قَريبةً بحيثُ يُمكنُ للأبِ رُؤيةُ الصَّبيِّ، والعَودُ إلى مَنزِلِهِ قَبلَ الليلِ فلها ذلكَ؛ لأنَّهُ ليسَ فيهِ ضَررٌ مُعتبَرٌ.

وإنْ كانَ الأبُ مُتوطِّنًا في المِصرِ، فأرادَتْ نَقلَ وَلَدِها إلى قَريتِها والنِّكاحُ وَقَعَ فيها فلها ذلكَ؛ لأنَّ الأبَ التَزَمَ المُقامَ في مَكانِ النِّكاحِ إذا كانَ وطنَ الزوجةِ.

وإنْ أرادتِ النقلَ إلى قريةٍ قَريبةٍ مِنَ المِصرِ يمكنُ النظرُ إلى وَلَدِهِ، والعَودُ قَبلَ الليلِ، إنْ وَقَعَ أصلُ النِّكاحِ فِيها فلها ذلكَ؛ لأنَّه رَضِيَ بفُرقةِ الوَلدِ، وإنْ لم يَقَعْ أصلُ النِّكاحِ فيها فليسَ لها ذلكَ؛ لأنَّ أخلاقَ أهلِ القُرى لا تُساوِي أخلاقَ أهلِ المِصرِ،

فيلحق الصبيَّ بذلك ضررٌ[١]، وفيهِ ضَررٌ بالوَالد فلم يَجُزْ إذا لم يَلتَزمْهُ الأبُ.

وقدْ ذَكَرَ محمدٌ في «الجامعِ الصغيرِ»[٢] هذهِ المسألةَ مُبهمَةً فقالَ: إنَّما أَنظرُ في هذا الموضِعِ الذي وَقَعَ فيهِ عَقدُ النِّكاحِ والصحيحُ ما ذَكرْنا مِنَ التفصيلِ.

ثُم الأمُّ وإنْ كانتْ أحقَّ بالحضانةِ فإنَّهُ لا يجبُ عليها إرضاعُ الصَّبيِّ؛ لأنَّ ذلكَ بمَنزلِةِ النَّفقةِ، ونَفقةُ الوَلدِ يَختصُّ بها الوالدُ، إلَّا ألَّا يوجدَ مَنْ تُرضِعُهُ، فتُجبرُ الأمُّ على إرضاعِهِ.

وقال مالكٌ: إنْ كانتْ شَريفةً لم تُجبَرْ، وإنْ كانتْ دَنيئَةً تُجبرُ[٣].

فإنْ كانتْ لا تُرضِعُ إلا بأجرٍ إنْ كانَ في حالِ قِيامِ النِّكاحِ فليسَ لها ذلكَ؛ لأنَّ الأَجرَ لِحفظِ الصَّبيِّ وغَسلِهِ، وذلكَ مِنْ بابِ نظافةِ البيتِ، وهو مَنفعةٌ تَحصلُ لها، فلا تَستَحِقُّ الأَجْرَ.

ولو استأجَرَ الأبُ ظِئْرًا، وأرادتِ الأمُّ أنْ تُرضِعَ، فالأمُّ أَوْلَى؛ لأنَّها أشفَقُ عليهِ.

وإنْ كانتِ المرأةُ مُبانَةً، وهيَ في العِدَّةِ في إحدَى الرِّوايتَينِ لا يَجوزُ لها أنْ تَأخذَ الأَجرَ؛ لأنَّها تَستحِقُّ النفقةَ كالزوجةِ، وفي روايةٍ يجوزُ؛ لأنَّها صارتْ أَجنبيَّةً[٤].

فأمَّا إذا انقضَتِ العِدَّةُ فيَجوزُ أنْ تَأخُذَ الأُجرةَ بمَنزلِةِ الأجنبيَّةِ، وهيَ أَوْلَى مِنَ الأجنبيَّةِ.

---

(١) قوله: (فيلحق الصبي بذلك ضرر)، هو في «أ»: (فَيَتَخَلَّقُ الصَّبيُّ بذلكَ).

(٢) انظر «الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير» (١/ ٢٣٨).

(٣) انظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٣/ ٧٩)، و شرح مختصر خليل للخرشي (٤/ ٢٠٧)، و الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني (٢/ ٦٥).

(٤) الأصح جواز أخذ أجرة الرضاع لمعتدة البائن، انظر «حاشية ابن عابدين» (٣/ ٦١٩).

وتَجِبُ الأُجرةُ على الزوجِ إذا رَضِيتْ بمِثلِ ما تأخذُهُ الأجنبيَّةُ، وإنْ قال الأبُ: أنا أَجِدُ مَنْ يُرضِعُهُ بغيرِ أَجرٍ، أو بأَجرٍ أقلَّ مِنْ ذلكَ فليسَ لها أنْ تَمنَعَ الزوجَ مِنْ ذلكَ؛ لأنَّ في ذلكَ ضَررًا بالأبِ، ولكنْ تُرضِعُ الظئرُ في بيتِ الأمِّ ما لم تَتزوَّجْ؛ لأنَّ حقَّ الحضانةِ لها، والله أعلم.

❁ ❁ ❁

باب الرَّضاع

قد ذكرنا أنَّ الرَّضاعَ سببٌ للتَّحريمِ بطريقِ التَّأبيدِ، فيحرمُ به ما يَحرُمُ بالنَّسبِ والصِّهريَّةِ، وإنَّما يُخالِفُ النَّسبَ في مسألتينِ:

أحدُهما: أنَّه لا يجوزُ أنْ يتزوَّجَ الرَّجلُ أختَ ابنه مِنَ النَّسبِ لأمِّه، ويجوزُ أنْ يتزوَّجَ أختَ ابنِهِ مِنَ الرَّضاعِ؛ لأنَّ أختَ ابنه مِنَ النَّسبِ بنتَ امرأتِهِ الموطوءةِ، وبنتَ موطوءتِهِ حرامٌ عليه، وهذا لا يُوجدُ في الرَّضاعِ.

والثَّانيةِ: أنَّه لا يجوزُ أنْ يتزوَّجَ الرَّجلُ أمَّ أختِهِ مِنَ النَّسبِ، ويجوزُ أنْ يتزوَّجَ أمَّ أختِهِ مِنَ الرَّضاعِ؛ لأنَّ أمَّ أخته مِنَ النَّسبِ موطوءةَ أبيه، وحليلةُ الأبِ حرامٌ على ابنه، وهذا لا يوجدُ في الرَّضاعِ، ويُعرف ذلك بالتَّأمُّلِ.

وجملةُ ذلكَ: وهو أنَّ الرَّضاعَ يتعلَّقُ به التَّحريمُ في جانبِ المُرضعةِ، وفي جانبِ الواطِئِ الذي ينزل اللَّبنُ مِنْ وطئِهِ، فالتحريمُ في جانبِ المرضعةِ مُجمَعٌ عليه، وفي جانبِ الزَّوجِ مُختلفٌ فيه، فعندنا يثبتُ، وعند الشَّافعيِّ لا يثبتُ(١).

ولقبُ المسألةِ: أنَّ لبنَ الفحلِ هل هو محرِّمٌ أم لا؟

وبيانُهُ: أنَّ المرأةَ إذا أرضعتْ طفلًا فإنَّها تَحرُمُ عليه، وصارتْ أمًّا له، وصاحبُ اللبنِ صار أبًا له، فإنْ كانَ المُرضَعُ أنثى تَحرُمُ على صاحبِ اللبنِ؛ لكونها بنتًا له، وإن

---

(١) انظر: الأم للشافعي (٥/ ٢٦)، و الحاوي الكبير (١١/ ٣٥٨)، ونهاية المطلب في دراية المذهب (١٥/ ٣٤٢)، وما ذكره من أن جانب الرجل لا يثبت التحريم على خلاف مذهب الشافعي، قال الشافعي: وأن لبن الفحل يحرم كما يحرم ولادة الأب يحرم لبن الأب لا اختلاف في ذلك.

كان ذكرًا تَحرُمُ المرضعةُ عليه؛ لكونه ابنًا لها، وأولادُ المرضعةِ مِنْ صاحبِ اللبنِ إخوةٌ وأخواتٌ للمُرضَعِ لأبٍ وأمٍّ، وأولادُها مِنْ غيرِ صاحبِ اللبنِ إخوةٌ وأخواتٌ له لأمٍّ، وأولادُ صاحبِ اللبنِ مِنْ غيرِ المرضعةِ إخوةٌ وأخواتٌ له لأبٍ.

وكذلكَ الحكمُ في أولادِ الأولادِ مِنَ الجانبينِ، وأمَّهاتُ المرضعةِ جدَّاتُه مِنْ قِبَلِ الأمِّ، وأمهاتُ صاحبِ اللبنِ جدَّاتُه مِنْ قِبَلِ الأبِ، وإخوةُ المرضعةِ وأخواتُها أخوالُه وخالاتُهُ، وإخوةُ صاحبِ اللبنِ وأخواتُه أعمامُهُ وعمَّاتُهُ.

وبناتُ الأخوالِ والخالاتِ والأعمامِ والعمَّاتِ مِنَ الرَّضاعةِ حلالٌ كما في النَّسبِ.

ولا يجوزُ للمُرضَعِ أنْ يتزوَّجَ بمَنْ أرضعتهُ المرضعةُ مِنَ الإناثِ؛ لأنَّهنَّ أخواتُه؛ لكونهنَّ بناتٍ لها مِنْ جهةِ الرَّضاعِ.

وأصلُ ذلك: أنَّ كلَّ اثنينِ اجتمعا على ثديٍ واحدٍ فهما أخوانِ أو أختانِ، وعلى هذا لو كان لرجلٍ امرأتانِ فحملتَا منه، وأرضعتْ كلُّ واحدةٍ منهما صغيرًا أجنبيًّا فقد صارا أخوين لأبٍ، فإنْ كانت إحداهما أنثى لم يجزْ لها أنْ تتزوَّجَ بالآخَرِ؛ لأنَّه أخوها مِنْ أبيها، وإنْ كانتا بنتين لم يجزْ لرجلٍ واحدٍ أنْ يَجمعَ بينهما في النِّكاحِ؛ لأنَّهما أختانِ لأبٍ، وقد ذكرنا في تفسيرِ حُرمةِ الرَّضاعِ بسببِ الصِّهريَّةِ في كتابِ النِّكاحِ، فلا نعيدُهُ.

ثم الرَّضاعُ المُحَرِّمُ ما كانَ في حالِ الصِّغرِ، وأمَّا رضاعُ الكبيرِ فلا يتعلَّقُ به التَّحريمُ، وأصلهُ قولُهُ ﷺ: «الرَّضاعُ مَا أَنبَتَ اللَّحْمَ وأَنْشَزَ العَظْمَ»[1].

واختلفَ أصحابُنا في الحدِّ الفاصلِ:

- قال أبو حنيفةَ: يثبتُ حكمُ الرَّضاعِ في الصَّغيرِ إلى ثلاثينَ شهرًا، فما ارتضعَ بعد ذلكِ لم يتعلَّقْ به التحريم.

---

(١) أخرجه أحمد (٤١١٤)، وأبو داود (٢٠٦٠)، والدارقطني (٤٣٥٨) من حديث ابن مسعود رضي الله عنه.

ـ وقال أبو يوسفَ ومحمَّدٌ: إلى الحولينِ، وهو قول الشَّافعيِّ(١).

ـ وقال زُفرُ: إلى ثلاثِ سنينَ، والمسألةُ معروفةٌ(٢).

ولو فُطِمَ الصَّبيُّ في مدَّةِ الرَّضاعِ ثم أُرضِعَ بعدَ الفِصَالِ في المدَّةِ اختلفتِ الرِّواياتُ فيه عنْ أصحابِنَا:

ـ روى محمَّدٌ عنْ أبي حنيفةَ أنَّ ما كانَ مِنْ رضاعٍ في ثلاثينَ شهرًا قبل الفِطامِ أو بعدَهُ فهو رضاعٌ محرِّمٌ(٣).

ـ وروى الحسنُ عنْ أبي حنيفةَ أنَّه قال: إذا فُطِمَ في السَّنتينِ حتى استغنى بالطعام ثم ارتَضعَ بعد ذلك في السَّنتينِ أو الثَّلاثينَ شهرًا لم يكنْ ذلكَ رَضاعًا محرِّمًا؛ لأنَّه لا رضاعَ بعدَ فطامٍ تامٍّ، وإنْ هي فطمتهُ فأكلَ أكلًا ضعيفًا لا يُستغنَى به عنِ الرَّضاعِ ثم عادَ فارتضعَ كما كان يرتضعُ أوَّلًا في الثَّلاثينِ فهو رضاعٌ يحرِّمُ، كما يُحرِّمُ رضاعُ الصَّغيرِ الذي لم يُفطمْ.

ـ وروى محمَّدٌ وأصحابُ الإملاءِ عنْ أبي يوسفَ أنَّه إذا فُطِمَ قبلَ الحولينِ ثم ارتضعَ في بقيةِ الحولينِ فهو رَضاعٌ محرِّمٌ، وهو مذهبُ محمَّدٍ، وكانَ لا يَعتدُّ بالفطامِ بعدَ الحولينِ.

ـ وروى الحسنُ عنْ أبي يوسفَ أنَّه إذا رضعَ بعدَ الفطامِ في الحولينِ لم يكنْ رَضاعًا.

---

(١) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب (١٥/ ٣٥٣)، وبحر المذهب للروياني (١١/ ٣٩٩).

(٢) في هذه المسألة اختلاف في الترجيح، ولكن الأكثر على أن الأصح والمفتى به هو قول الصاحبين، ثم الخلاف في مدة التحريم، أما لزوم أجر الرضاع للمطلقة فمقدر بحولين بالاتفاق، انظر «حاشية ابن عابدين» (٣/ ٢٠٩).

(٣) ظاهر المذهب والمفتى به أن الرضاع مادام في المدة فهو مُحرِّم، انظر «حاشية ابن عابدين» (٣/ ٢١١).

ثم عندنا قليلُ الرَّضاعِ وكثيرُه سواءٌ، في حالِ الصِّغرِ في التَّحريمِ.

وقال الشَّافعيُّ: لا يثبتُ التَّحريمُ إلا بخمسِ رضعاتٍ[١].

والصَّحيحُ قولنا؛ لقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾ [النساء: ٢٣] مِنْ غيرِ فصلٍ.

وكذا عندنا تثبتُ حرمةُ الرَّضاعِ بلبنِ الميتةِ، وعند الشَّافعيِّ لا يقعُ به التَّحريمُ لكونِهِ نجسًا[٢].

وإذا وصلَ اللبنُ إلى جوفِ الصَّغيرِ مِنْ ثديٍ أو إناءٍ فأُوجِرَ[٣] أو سُعِطَ[٤] تثبتُ الحُرمَةُ؛ لأنَّ بالوجورِ يَصلُ إلى الجوفِ، وبالسُّعوطِ يصلُ أيضًا إلى الجوفِ.

ولو حُقِنَ الصَّبيُّ باللبنِ، ذكر الكرخيُّ وقال: لا يُحرِّمُ، ولم يحكِ خلافًا[٥]، ورُوي عنْ محمَّدٍ أنَّه يُحرِّمُ كما يقعُ به الإفطارُ[٦].

وأمَّا إذا أُقطِرَ في الأذنِ لم يثبتِ التَّحريمُ؛ لأنَّه لا يُعلَمُ وصولُهُ إلى الجوفِ، وكذا إذا أُقطِرَ في إحليلِهِ لهذا المعنى، وكذا لو أُقطِرَ في جائفةٍ أو آمَّةٍ؛ لما ذكرنا.

ولو اختلطَ اللَّبنُ بغيرِهِ فهو على وجوهٍ:

---

(١) انظر: المهذب في فقه الإمام الشافعي للشيرازي (٣/ ١٤١)، وبحر المذهب للروياني (١١/ ٣٩٨)، والبيان في مذهب الإمام الشافعي (١١/ ١٤٤).

(٢) انظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي (١١/ ١٥٥)، و مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (٥/ ١٢٤).

(٣) الوَجْرُ: أَنْ توجِرَ مَاءً أو دَوَاءً في وَسَطِ حَلْقِ صَبِيٍّ، انظر «لسان العرب» (وجر).

(٤) السَّعُوطُ: اسْمُ الدَّوَاءِ يُصبُّ فِي الأنف، انظر «لسان العرب» (سعط).

(٥) اقتصرت «حاشية ابن عابدين» (٣/ ٢١٩) على هذا القول.

(٦) في «س»: (الإقطار).

إنْ اختلطَ بالطَّعامِ ومسَّتْهُ النَّارُ حتى نَضِجَ وطُبِخَ لم تتعلَّقْ به الحُرمَةُ في قولهم جميعًا؛ لأنَّه تغيَّرَ بالطَّبخِ مع غيره عنْ طبعِهِ وصفتِهِ.

وإنْ اختلطَ به الطَّعامُ ولم تَمسَّهُ النَّارُ، فإنْ كانَ الطَّعامُ هو الغالبُ لم يثبتْ به التَّحريمُ؛ لأنَّه زالتْ قوَّةُ اللبنِ وصارَ اللبنُ كالعدمِ.

وإنْ كانَ اللبنُ غالبًا للطَّعامِ وهو طعامٌ طاهرٌ معتدٌّ[1] به، قال أبو حنيفةَ: لا يقعُ به التَّحريمُ، وقال أبو يوسفَ ومحمَّدٌ: يحرِّمُ اعتبارًا للغالبِ، وأبو حنيفةَ يقولُ: إنَّه يُضعِفُ معنى اللبنِ، وتزولُ قوَّتُهُ حتى يصيرَ اللبنُ رقيقًا ضعيفًا، يُعرَفُ بالمشاهدةِ.

وإنِ اختلطَ اللبنُ بالدَّواءِ أو الدُّهنِ أو النَّبيذِ، فإنْ كان اللبنُ غالبًا يُحرِّمُ، وإنْ كان الدَّواءُ غالبًا لا يحرِّمُ، واعتبرتِ الغلبةُ بالإجماعِ؛ لأنَّ قوَّةَ اللبنِ باقيةٌ.

وإنِ اختلطَ اللبنُ بالماءِ فإنْ كانَ اللبنُ غالبًا يقعُ به التَّحريمُ، وإنْ كانَ الماءُ غالبًا لا يقعُ به التَّحريمُ اعتبارًا للغالبِ.

وقال الشَّافعيُّ: إذا أُقطِرَ مِنَ الثَّدي خمسُ رضعاتٍ في جبٍّ ماءٍ فشربَ منه الصَّبيُّ تثبتُ به الحُرمَةُ[2].

وإنِ اختلطَ اللبنُ بلبنِ الشَّاة تُعتبرُ الغلبةُ أيضًا؛ لأنَّ لبنَ الشَّاةِ لا يُؤثِّرُ في زوالِ قوَّةِ لبنِ الآدميَّةِ.

وأمَّا إذا اختلطَ لبنُ امرأتينِ:

- فرُوي عنْ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ أنَّ الحكمَ للأغلبِ، فيثبتُ به التَّحريمُ دونَ الآخرِ.

---

(١) في «أ»: (متغذٍّ).

(٢) انظر: أسنى المطالب في شرح روض الطالب (٣/ ٤١٦)، وغاية البيان شرح زبد ابن رسلان (٢٧٨)، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (٧/ ١٧٤).

ـ وقال محمَّدٌ وزُفرُ: يثبتُ التَّحريمُ منهما احتياطًا في بابِ الحُرمةِ، وهما يقولانِ: إنَّ المغلوبَ لا عِبرةَ به في الشَّرعِ[١].

ولو طلَّق الرَّجلُ امرأتَهُ طلاقًا بائنًا[٢] ولها منه لبنٌ، فما دامتْ في العدَّةِ أو بعد التَّزوُّجِ بغيره قبل ظهورِ الحبلِ مِنَ الثَّاني لو أرضعتْ صبيًّا، فإنَّ التَّحريمَ يثبتُ مِنَ الزَّوجِ الأوَّلِ؛ لأنَّ اللبنَ له.

فأمَّا إذا حبِلتْ مِنَ الزَّوجِ الثَّاني فأرضعتْ صبيًّا:

ـ قال أبو حنيفةَ: التَّحريمُ للأوَّلِ دون الثَّاني حتى تضعَ، فإذا وضعتْ يكونُ التَّحريمُ للثَّاني دون الأوَّلِ[٣].

ـ وروى أبو يوسفَ: إذا نزل لها اللبنُ مِنَ الثَّاني فالتَّحريمُ للثَّاني، وبطلَ الأوَّلُ.

ـ ورَوى الحسنُ عنه أنَّها إذا حبِلتْ فاللبنُ للثَّاني.

ـ وقال محمَّدٌ: إذا نزل لها لبنٌ فالتَّحريمُ للزَّوجينِ، فإذا وضعتْ فالتَّحريمُ للثَّاني لا غيرَ، وهي مسألةُ «المبسوطِ»[٤].

هذا الذي ذكرنا حكمُ الرَّضاعِ المُقارِنِ للنِّكاحِ، وأمَّا الرَّضاعُ الطَّارئُ على النِّكاحِ فإنَّه يُبطلُهُ؛ لأنَّه يُوجِبُ حُرمةً مؤبَّدةً.

بيانُهُ: إذا تزوَّجَ الرَّجلُ صغيرةً فأرضعتْهَا أمُّه حَرُمتْ عليه؛ لأنَّها صارت أختًا له بالرَّضاعِ، ولو تزوَّجَ الرَّجلُ صغيرتَينِ رضيعتَينِ فجاءتِ امرأةٌ وأرضعتهما معًا، أو

---

(١) قيل: إن قول محمد هو الأصح احتياطا، انظر «حاشية ابن عابدين» (٣/ ٢١٨).

(٢) في «س»: (ثانيًا).

(٣) هذا هو القول الراجح، انظر «حاشية ابن عابدين» (٣/ ٢٢١).

(٤) انظر «المبسوط» للسرخسي (٣٠/ ٢٩٥).

واحدةً بعد الأخرى، صارتا أختينِ مِنَ الرَّضاعةِ، وحَرُمتَا عليه، وبَطَلَ نكاحُهمَا؛ لأنَّ الجمعَ بينَ الأختينِ حرامٌ، يستوي فيه الابتداءُ والبقاءُ، ويجبُ على الزَّوجِ لكلِّ واحدةٍ مِنَ الصَّغيرتَينِ نصفُ المهرِ؛ لأنَّ الفُرقَةَ وقعتْ قبلَ الدُّخولِ بهما مِنْ غيرِ فِعلِهما.

ثم يُنظَرُ، فإنْ كانتِ المُرضعةُ تعمَّدتِ الفسادَ يَرجِعُ عليها الزَّوجُ بما غَرِمَ مِنْ نصفِ المهرِ، وإنْ كانت لم تتعمَّد لم يَرجِعْ.

وقال الشَّافعيُّ: يضمنُ مهرَ المثلِ في الوجهينِ(١).

والصَّحيحُ قولنا؛ لأنَّ فعلها سببُ الحُرمةِ لا عليها(٢)، وإنَّما يكونُ السَّبب تَعدِّيًا بقصدِ الفسادِ، فأمَّا بدونِ قصدِ الفسادِ فليسَ بِتعدٍّ، كحفرِ البئرِ على قارعةِ الطَّريقِ، وحفرِ البئرِ في مِلْكِ نفسهِ.

وإذا ثبتَ أنَّ الرَّضاعَ مُحرِّمٌ فإنَّما يُعرَفُ بالإقرارِ مِنَ الزَّوجِ(٣)، أو بشهادةِ رجلينِ، أو رجلٍ وامرأتَينِ، أمَّا لا يثبتُ بشهادةِ الرَّجلِ الواحدِ ولا بشهادةِ النِّساءِ وحدَهنَّ؛ لأنَّ هذا ممَّا يطَّلعُ عليه الرِّجالُ، فإنَّ النَّظرَ إلى ثديِ المرأةِ جائزٌ في الجملةِ.

❁ ❁ ❁

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (١١/ ٣٨٥)، والمهذب في فقه الإمام الشافعي للشيرازي (٣/ ١٤٧)، وبحر المذهب للروياني (١١/ ٤٠٨-٤٠٩).

(٢) في «أ»: (لاعتدائها) بدل: (لا عليها).

(٣) سقط من «ز» و«س»: (من الزوج).

باب العدّة

العِدَّةُ أنواعٌ ثلاثةٌ: عدَّةُ الوفاة، وعدَّةُ الطَّلاقِ، وعدَّةُ الوطءِ.

أمَّا عدَّةُ الوفاةِ ففي حقِّ الحرَّةِ أربعةُ أشهرٍ وعشرًا، صغيرةً كانت أو كبيرةً، دخلَ بها زوجُهَا أو لم يدخلْ، حرًّا كان زوجها أو عبدًا.

وهذه العدَّةُ لا تجبُ إلا في نكاحٍ صحيحٍ، لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤] مِنْ غيرِ فصلٍ، ومُطلقُ اسمِ الزَّوجِ لا[1] يقعُ على المتزوِّجِ نِكاحًا فَاسدًا.

وأمَّا في حقِّ الزَّوجةِ الأمَةِ فشهرانِ وخمسةُ أيَّامٍ، إنْ كان زوجها حرًّا أو عبدًا؛ لأنَّ العدَّةَ تتنصفُ بالرِّقِّ، وتتكامَلُ بالحرِّيةِ، ويُعتبرُ فيها جانبُ النِّساءِ دُون الرِّجالِ بالإجماعِ.

وإنْ كانتِ الزَّوجةُ حاملًا، فانقضاءُ عدَّتِها بوضعِ حملِهَا إذا كان تامًّا أو سَقْطًا مستبينَ الخلقِ كلِّه أو بعضِهِ، قصُرَتِ المدَّةُ أو طالتْ.

وعند عليٍّ رضي الله عنه عدَّتُها أبعدُ الأجلينِ.

والصَّحيحُ قولُ عامَّةِ العلماءِ؛ لظاهرِ قوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤]، والنَّصُّ مطلَقٌ، وهو آخرهُمَا نزولًا على ما رُوي عنِ ابنِ مسعودٍ رضي الله عنه أنَّه قال: «مَنْ شاءَ باهلتُهُ أنَّ سورةَ النِّساءِ القُصرَى نزلتْ بعدَ التي في سُورةِ البَقَرَةِ»[2].

---

(١) سقط من «أ»: (لا).

(٢) أخرجه البخاري (٤٥٣٢) بلفظ: «لَنَزلَتْ سورةُ النِّساءِ القُصرَى بعدَ الطُّولَى» وأبو داود (٢٣٠٧) بلفظ: «مَن شاءَ لاعَنْتهُ لأُنزلَت سورةُ النِّسَاءِ القُصرَى بعدَ الأربعةِ الأشهُرِ وعشْرًا».

وأمَّا عدَّةُ الطَّلاقِ:

فثلاثةُ قُروءٍ في حقِّ ذواتِ الأقراءِ إذا كانت حرَّةً.

وفي حقِّ الآيسةِ والصَّغيرةِ والتي لا تَحيضُ بعد ثلاثينَ سنةً تعتدُّ ثلاثةَ أشهرٍ إذا كانَ بعدَ الدُّخولِ بها، أو بعدَ الخلوةِ الصَّحيحةِ في النِّكاحِ الصَّحيحِ؛ لأنَّها تُوجِبُ كمالَ المهرِ، فتُوجبُ كمالَ العدَّةِ بطريقِ الأَولى احتياطًا.

وأمَّا الخلوةُ الصَّحيحةُ في النِّكاحِ الفاسدِ فلا تُوجبُ العدَّةَ، ولا كمالَ المهرِ؛ لأنَّ التَّسليمَ لا يجبُ عليها، فلا تُقامُ الخلوةُ مقامَهُ.

وأمَّا الخلوةُ الفاسدةُ في النِّكاحِ الصَّحيحِ، إنْ كانَ يُمكنُه الوطءُ معَ المانعِ كالحيضِ والإحرامِ ونحوِ ذلك، يجبُ كمالُ العدَّةِ دونَ كمالِ المهرِ؛ لأنَّهما يُتَّهمَانِ في العدَّة التي هي حقُّ الشَّرعِ.

وإنْ كانَ لا يُمكنُ الوطءُ مع المانعِ حسًّا كالمريضِ والمريضةِ التي تعذَّرَ الوطءُ منهما، أو الصَّغيرِ أو الصَّغيرةِ التي لا يُتصوَّرُ الجِماعُ منهما، فلا عدَّةَ عليها؛ لأنَّهما لا يُتَّهمانِ، ولم يُوجَدِ التَّسليمُ الذي أوجبَهُ العقدُ[1].

وإنْ كانتِ الزَّوجةُ مملوكةَ الغيرِ فعدَّتُها حيضتانِ إنْ كانتْ مِنْ ذواتِ الأقراءِ، وإنْ لم تحضْ فشهرٌ ونصفٌ.

ولا تجبُ عدَّةُ الطَّلاقِ قبلَ الدُّخولِ، والحكمُ في الخلوةِ الصَّحيحةِ ما ذكرنا.

وأمَّا أمُّ الولدِ إذا أُعتِقتْ أو مات سيِّدُها، تَعتدُّ بثلاثِ حِيَضٍ عندنا.

وعند الشَّافعيِّ بِقُرْءٍ واحدٍ[2].

---

(١) في «ز»: (أوجب العدة).

(٢) انظر: الحاوي الكبير (١١/ ٣٢٩)، و بحر المذهب للروياني (١١/ ٣٧٥)، و الغاية في اختصار النهاية (٦/ ١٦٦).

وأصله قوله تعالى: ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، وقالَ اللهُ تعالى: ﴿ وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمْ يَحِضْنَ ﴾ [الطلاق: ٤]، وقالَ تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾ [الأحزاب: ٤٩].

وأمّا في حقِّ الحاملِ فعدَّتُها وضعُ الحملِ، لا خلافَ في المطلَّقةِ؛ لظاهرِ قوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤]، وقال ﷺ: «طَلَاقُ الأَمَةِ ثِنْتَانِ، وَعِدَّتُهَا حَيْضَتَانِ»[1]، وقال عمر رضي الله عنه: «طَلَاقُ الأَمَةِ تَطْلِيقَتَانِ، وَعِدَّتُهَا حَيْضَتَانِ، وَلَوِ اسْتَطعتُ لَجَعَلْتُهَا حَيْضَةً وَنِصفَ حَيْضَةٍ».

ولو طلَّقَ الرَّجلُ امرأتَهُ في مرضِهِ الذي ماتَ فيه ثلاثًا، أو طَلاقًا بائنًا، ثم مات قبلَ أنْ تنقضي عدَّتُها فورِثتِ اعتدتْ بأربعةِ أشهرٍ وعشرٍ فيها ثلاثُ حِيَضٍ عند أبي حنيفةَ ومحمَّدٍ.

وقال أبو يوسفَ: عليها ثلاثُ حِيَضٍ.

وكذا امرأةُ المُرتدِّ تجبُ عليها العدَّةُ وترثُ مِنَ المُرتدِّ على هذا الخلافِ في إحدى الرِّوايتَينِ.

وإنْ كانَ الطَّلاقُ رجعيًا في صحَّةٍ أو مرضٍ، فعدَّتُها أربعةُ أشهرٍ وعشرٌ، وبطلَ عنها الحيضُ في قولهم؛ لأنَّ الزَّوجيَّةَ باقيةٌ، وموتُ الزَّوجِ يُوجِبُ عدَّةَ الوفاةِ.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢١٨٩)، والترمذيُّ (١١٨٢) من حديث عائشة رضي الله عنها، وقال الترمذي: «حديثٌ غريبٌ والعملُ على هذا عند أهلِ العلم...». وكذا أخرجه الحاكم (٢٨٢٢) وصحَّحه ووافقه الذهبيُّ، ولفظه: «طلاقُ الأَمَةِ تَطليقتان، وقَرْؤُها حيضتان».

وإذا ماتَ الصَّبيُّ عنِ امرأتِهِ وهي حاملٌ، فعدَّتُها أنْ تضعَ حملَهَا عند أبي حنيفةَ ومحمَّدٍ(١).

وقال أبو يوسفَ: عدَّتُها أربعةُ أشهرٍ وعشرٌ.

والصَّحيح قولهما؛ لظاهرِ قولِهِ تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤]، وذكرَ الكَرخيُّ: فإنْ ماتَ وهي حائلٌ ثم حملتْ بعدَ موتِهِ قبلَ انقضاءِ العدَّةِ، فعدَّتُها الشُّهورُ في قولهم.

وأمَّا عدَّةُ الموطوءةِ: وهي التي وُطِئتْ بالنِّكاحِ الفاسدِ، أو شبهةِ عقدٍ، أو شبهةِ مِلْكٍ، أو كانت أمَّ ولدٍ فأعتقَها مولاهَا أو ماتَ عنها، فثلاثُ حِيَضٍ، أو ثلاثةُ أشهرٍ، أو وضعُ الحملِ؛ لأنَّها مُلحَقةٌ بالمنكوحَةِ شرعًا.

ثم في حقِّ مَنْ كانتِ العدَّةُ في حقِّها بالشُّهورِ كيفَ يُعتبرُ الشَّهرُ، بالأيَّامِ أو بالأهلَّةِ؟

فنقولُ: جملةُ هذا أنَّ الوفاةَ أو الطَّلاقَ إذا اتَّفقَ في غُرَّةِ الشَّهرِ اعتبرتِ الشُّهورُ بالأهلَّةِ، وإنْ نقصتْ عَنِ العددِ في قولِ أصحابنا.

فأمَّا إذا حصلَ في بعضِ الشَّهرِ:

ـ قال أبو حنيفةَ: يُعتبَرُ بالأيَّامِ، فتعتدُّ في الطَّلاقِ تسعينَ يومًا، وفي الوفاةِ تعتدُّ مئةً وثلاثينَ يومًا.

ـ وقال محمَّدٌ: تعتدُّ بقيةَ الشَّهرِ بالأيَّامِ، ثم تعتدُّ شهرينِ بالأهلَّةِ، ويُكمِّلُ الشَّهرَ الأوَّلَ مِنَ الشَّهرِ الثَّالثِ بالأيَّامِ.

---

(١) وذكر في «المبسوط» للسرخسي: وإذا مات الصبي عن امرأته فظهر بها حبل بعد موته فإن عدتها أربعة أشهر وعشرٌ، ولا ينظر إلى الحبل؛ لأنه من زنا حادث بعد موته، فلا يغير حكم العدة الواجبة. انظر «المبسوط» (٦/ ٥٢).

- وعنْ أبي يوسفَ روايتَانِ: في روايةٍ مِثلَ قول أبي حنيفةَ، وفي روايةٍ مثلَ قولِ محمَّدٍ، وهو قولُهُ الأخيرُ.

وأصله قوله ﷺ: «الشَّهْرُ هَكَذَا وهَكَذَا وهَكَذَا، وأَشَارَ بِأَصَابعِ يَدِهِ ثَلَاثًا، وَخَنَسَ إِبْهَامَهُ في الثَّالِثَةِ»[١]، فكانَ الأصلُ هو الأهلَّةَ عندَ الإمكَانِ، وعندَ التَّعذُّرِ يُصَارُ إلى الأيَّامِ.

ثم العدَّتانِ تتداخلانِ عند أصحابِنَا، سواءٌ كانتا مِنْ جنسٍ واحدٍ أو مِنْ جِنسينِ، وقالَ الشَّافعيُّ: لا تتداخلانِ، بل يجبُ أنْ تمضيَ في العدَّةِ الأولى، فإذا انقضتِ استأنَفَتِ الأُخرَى[٢].

وصورةُ المسألَةِ: أنَّ المُطلَّقةَ إذا مضى بعضُ عدَّتِها فتزوَّجتْ في عدَّتِها، فوطِئَها الزَّوجُ ثم تاركَا، فإنَّهُ يجبُ عليها عدَّةٌ أخرى وتتداخلان، وكذلكَ إذا كانتا مِنْ جنسينِ، بأنْ كانَ المتوفَّى عنها زوجُها، إذا وُطِئتْ بشبهةٍ تداخلتْ أيضًا، ويُعتبرُ ما ترى مِنَ الحيضِ في الأشهُرِ مِنْ عدَّةِ الوطءِ، وهي مسألةٌ معروفةٌ.

ثم العدَّةُ معتَبرةٌ بالنِّساءِ، تنتصفُ برقِّها، وتتكامَلُ بحرِّيتِهَا بالإجماعِ، وإنَّما الخلافُ في الطَّلاقِ.

ثم ما عرفتَ مِنَ الجوابِ في حقِّ المسلمةِ فهو الجوابُ في حقِّ الكتابيَّةِ إذا كانت تحتَ مُسلمٍ؛ لأنَّ العدَّةَ فيها حقُّ الشَّرعِ وحقُّ الزَّوجِ والولدِ، فإنْ لم تكنْ مُخَاطبةً بحقِّ الشَّرعِ فمُخاطبةٌ بإيفاءِ حقِّ الزَّوجِ والولدِ.

---

(١) أخرجه البخاريُّ (١٩٠٨) واللَّفظ له، ومسلم (١٠٨٠) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما، قال رسول الله ﷺ: «الشَّهرُ هكذا وهكذا» وخَنَسَ الإبهامَ في الثَّالثة».

(٢) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب (١٥/ ٢٦٠)، و روضة الطالبين وعمدة المفتين (٨/ ٣٨٤).

وأمَّا الذِّمِّيةُ التي تحتَ ذِمِّيٍّ، فلا عدَّة عليها في موتٍ ولا فُرقَةٍ عند أبي حنيفة، إذا كان في دينهم كذلك، إلا أنْ تكونَ حاملًا، فلا يجوزُ نكاحُها.

وقال أبو يوسفَ: عليها العدَّةُ؛ لجريانِ أحكامِ الإسلامِ عليها بسببِ الذِّمَّةِ.

وأبو حنيفةَ يقولُ: إنَّها غيرُ مخاطبةٍ بحقِّ الشَّرعِ، والزَّوجُ لا يعتقدُ العدَّةَ حقًّا لنفسهِ، فلم يجبْ لحقِّهِ.

وأمَّا إذا كانت حاملًا تُمنَعُ عنِ التَّزويجِ حقًّا للولدِ، حتى لا يختلِطَ النَّسبُ فيضيعَ الولدُ.

ثم في النِّكاحِ الفاسدِ إذا وقعتِ الفُرقَةُ بعدَ الوطءِ بتفريقِ القاضي، أو بمتاركتِهما، فإنَّه تُعتبرُ العدَّةُ مِنْ وقتِ التَّفريقِ، لا مِنْ وقتِ الوطءِ عندنا.

خلافًا لزُفَرَ، فإنَّهُ يعتبرُ مِنْ آخرِ وطءٍ وطِئَها.

والصَّحيحُ قولنا؛ لأنَّ النِّكاحَ الفاسدَ موجودٌ مِنْ وجهٍ، وهو ملحَقٌ بالثَّابتِ مِنْ كلِّ وجهٍ في حقِّ الأحكامِ، فلا بدَّ مِنَ التَّفريقِ حتى تجبَ العدَّةُ.

وإذا كان الزَّوجُ غائبًا فطلَّقَ امرأتَهُ أو ماتَ عنها، والمرأةُ لا تعلمُ بذلكَ حتى مضت مدَّةُ العدَّةِ، فإنَّه تنقضي العدَّةُ، وتعتبرُ مِنْ وقتِ الطَّلاقِ، والعلمُ ليس بشرطٍ لمضيِّ العدَّةِ، فإنَّها أجلٌ وُضِعَ لبراءةِ الرَّحمِ، وأنَّه يحصلُ بلا علمٍ.

وأمَّا المُمتَدُّ طُهرهَا فعدَّتُها بالأقراءِ، ولا تنقضي بالشُّهورِ ما لم تدخلْ في حدِّ الإياسِ؛ لأنَّها مِنْ ذواتِ الأقراءِ في الجُملةِ.

❁ ❁ ❁

باب ما يجب على المعتدَّة

المعتدَّةُ إمَّا إنْ كانت عنْ طلاقٍ أو عنْ وفاةٍ، فإنْ كانت عنْ طلاقٍ فينبغي لها ألَّا تخرجَ منْ بيتهَا ليلًا ولا نهارًا، بل يجبُ عليها السُّكنى في البيتِ الذي تَسكنُ فيه، وأجرُ السُّكنى والنَّفقةِ على الزَّوجِ، وأصلُه قوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾ [الطلاق: ١].

وأمَّا المتوفَّى عنها زوجها، فلا بأس بأنْ تخرجَ بالنَّهارِ في حوائجِهَا، ولا تبيتَ في غير منزلها الذي تعتدُّ فيه؛ لأنَّ نفقتَها عليها، فتحتاجُ إلى الخروجِ لإصلاحِ أمرِهَا، وعن محمَّدٍ لا بأسَ بأنْ تبيتَ في غير منزلِها أقلَّ مِنْ نصفِ الليلِ؛ لأنَّ البيتوتَةَ عبارةٌ عنِ السُّكونِ في المكانِ أكثرَ الليلِ في العرفِ.

ثم منزلُها الذي تُؤمَرُ بالسُّكنى والاعتدادِ فيه هو الموضعُ الذي كانت تسكنُهُ قبلَ مفارقةِ الزَّوجِ وقبلَ موته، سواءٌ كان الزَّوجُ ساكنًا فيه أو لم يكن؛ لأنَّ الله تعالى أضافَ البيتَ إليها، والبيتُ المضافُ إليها هو الذي تسكنُهُ، ولهذا قال أصحابُنَا: إذا زارتْ أهلَهَا فطلَّقها زوجُهَا، كان عليها أنْ تعودَ إلى منزلِها الذي كانت تسكنُ فيه، فتعتدَّ هنالكَ.

فإنِ اضطرتْ إلى الخروجِ فلا بأسَ بذلك، مثلَ أنْ تخافَ سقوطَ البيتِ وانهدامَه، أو تخافَ أن يُغارَ على متاعِها، أو يكونَ بأجرةٍ فلا تجدُ ما تؤدِّيهِ في أجرته في عدَّةِ الوفاةِ، فإنْ كانت تقدِرُ على الأجرةِ فلا تنتقلُ، وإنْ كانَ المنزلُ لزوجها وقد مات عنها، فلها أنْ تسكنَ في نصيبِها إنْ كان نصيبُهَا يكفيها في السُّكنى، ولكن تستترُ عنْ

سائرِ الورثةِ ممَّنْ ليس بمَحْرَمٍ لها، فأمَّا إذا كان نصيبُهَا لا يكفيها، أو خافت على متاعِهَا منهم، فلها أنْ تنتقلَ، ويكونَ ذلك عُذرًا، والسُّكنى وجبتْ حقًّا لله تعالى عليها، فيَسقطُ بالعذرِ كسائرِ العباداتِ.

وكذلك المُسَافَرَةُ حرامٌ أيضًا للمطلَّقةِ، سواءٌ كانَ سفرَ حجٍّ فرضٍ أو غيره، مع زوجِها أو مَحْرَمٍ غيره، حتى تنقضي عدَّتُها؛ لأنَّ السَّفر خروجٌ مديدٌ، إلا أنَّ في المطلَّقةِ طلاقًا رجعيًّا للزَّوجِ أنْ يُسافر بها إذا راجعها.

وقال زُفَرُ: لزوجها أنْ يُسافرَ بها، وهذا بناءً على أنَّ المُسافَرَةَ بها مُراجعةٌ عند زُفَرَ، وليس بمراجعةٍ عندنا، فأمَّا لا خلافَ أنَّ الخروجَ في حال العدَّةِ حرامٌ عليها.

ولو خرجتِ المرأةُ مع زوجها في سفرٍ غيرِ سفرِ الحجِّ، ثم طلَّقَها في بعضِ الطَّريقِ:

- إنْ كان بينها وبين مِصرِهَا الذي خرجتْ منه أقلُّ مِنْ ثلاثةِ أيَّامٍ، وبينها وبين مقصدها ثلاثةُ أيَّامٍ فإنَّها ترجعُ إلى منزلها؛ لأنَّه ليس فيه إنشاءُ السَّفرِ، وفي ذلك إنشاءُ السَّفرِ.

- وإنْ كان في كلِّ جانبٍ أقلُّ مِنْ مدَّةِ السَّفرِ، كان لها الخِيارُ؛ لما ذكرنا.

- وإنْ كانَ مِنْ كلِّ جانبٍ مدَّةُ السَّفرِ يُنظَرُ:

❁ إنْ كانت هي في موضعٍ يمكنها المُقَامُ فيه، أقامتْ في ذلكَ الموضعِ واعتدَّتْ، ولا تمضي عند أبي حنيفة وإنْ وجدتْ مَحْرَمًا، وعلى قولهما إنْ لم يكنْ معها مَحْرَمٌ فكذلك، وإنْ كان معها مَحْرَمٌ مضتْ على سفرِها.

❁ وإنْ كانتْ في مَوضعٍ لا يصلحُ للإقامةِ، وتخافُ على نفسِها ومالِها، فإنْ شاءتْ مضتْ، وإنْ شاءتْ رجعتْ؛ لاستواءِ الأمرينِ، لكنْ إذا بلغتْ إلى أدنى الموضعِ الذي يَصلُحُ للإقامةِ، فهو على هذا الخلافِ الذي ذكرنا.

فإنْ أحرمتْ للحجِّ وخرجتْ إلى سفرِ الحجِّ مع مَحْرَمٍ لها غيرِ الزَّوجِ، ثم طلَّقَها الزَّوجُ أو ماتَ عنها، فبلغَهَا الخبرُ وبينها وبين مِصرِهَا أقلُّ مِنْ ثلاثةِ أيَّامٍ، فإنَّها ترجعُ وتصيرُ بمنزلةِ المُحْصَرِ، فإنْ راجعَها الزَّوجُ تبطلُ العدَّةُ وتعودُ الزَّوجيَّةُ، فجازَ لها السَّفرُ.

وأمَّا الحِدادُ: فيجبُ على كلِّ معتدَّةٍ بالغةٍ عاقلةٍ حرَّةٍ مسلمةٍ، بانتْ مِنْ زوجِهَا بواحدةٍ أو ثلاثٍ، أو ماتَ عنها زوجُها، فإنْ كانتْ معتدَّةً عنْ وفاةٍ يجبُ الإحدادُ بالإجماعِ.

وإنْ كانت عنْ طلاقٍ بائنٍ أو ثلاثٍ فكذلكَ عندنا، وعند الشَّافعيِّ لا يجبُ الإحدادُ[1].

وأجمعوا أنَّه لا يجبُ الإحدادُ على المطلَّقةِ طلاقًا رجعيًّا، وأصلُهُ ما رُوي عنِ النَّبيِّ ﷺ أنَّه قال: «لا يَحِلُّ لامرَأَةٍ تُؤمِنُ بِاللهِ وَاليومِ الآخِرِ أنْ تُحِدَّ على ميِّتٍ أكثَرَ مِنْ ثَلاثَةِ أيَّامٍ، إلَّا على زَوْجِهَا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشَرَةَ أيَّامٍ»[2].

والمُبَانَةُ نظيرُ المتوفَّى عنها زوجُهَا في التَّحسُّرِ على ما فاتَ في الغالبِ، فيَجِبُ الإحدادُ عليهَا.

ثم تفسيرُ الإحدادِ: هو الاجتنابُ عنْ جميعِ ما تتزيَّنُ به النِّساءُ، مِنَ الطِّيبِ، ولُبْسِ الثَّوبِ المصبوغِ، والمطيَّبِ بالعُصفرِ والزَّعفرانِ، والاكتحالِ، والامتشاطِ، والإدِّهَانِ، والخِضابِ، ولُبْسِ الحليِّ، ونحوِ ذلك، إلا إذا لم يكن لها إلا ثوبٌ مصبوغٌ فلا بأسَ بأنْ تلبَسَه، ولا تقصدَ الزِّينةَ، وقال في «الأصلِ»: ولا تلبسُ قَصبًا ولا خزًّا يُتزيَّنُ به؛ لأنَّ هذا ممَّا يُلبَسُ للحاجةِ، فيُعتبَرُ فيه القصدُ، فإنْ قصدتِ الزِّينةَ يُكرَهُ، وإنْ لم تَقصدْ فلا بأسَ به.

---

(١) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب (١٥/ ٢٤٥)، وبحر المذهب للروياني (١١/ ٣٣٧)، والبيان في مذهب الإمام الشافعي (١١/ ٧٨).

(٢) أخرجه البخاري (١٢٨٠) من حديث أم حبيبة، ومسلم (١٤٩١) من حديث عائشة رضي الله عنها.

هـذا الـذي ذكرنـا حُكـمُ المعتـدَّةِ البالغـةِ العاقلـةِ الحـرَّةِ المسـلمةِ في النِّكاحِ الصَّحيـحِ.

فأمَّا الكتابيَّةُ والصَّغيرةُ والأمَةُ والمدبَّرةُ وأمُّ الولدِ والمُكاتبةِ والموطوءةِ عنْ شبهةٍ أو عنْ نكاحٍ فاسدٍ، فليس عليهنَّ السُّكنى، ويُباحُ لهنَّ الخروجُ؛ لأنَّ السُّكنى حقُّ اللهِ تعالى، والكافرةُ لا تُخاطَبُ به.

فأمَّا الزَّوجةُ الرَّقيقةُ فلا يَلزمُهَا المُقَامُ في منزلِ زوجِها؛ لقيامِ حقِّ المولى في الخِدمةِ، إلا إذا بوَّأهَا مولَاها منزلًا، فحينئذٍ لا تخرجُ؛ لأنَّه أسقطَ حقَّ نفسه في الخدمةِ، وإنْ أرادَ المولى أنْ يُخرجَهَا فله ذلك؛ لأنَّه أعارَ منفعةَ خدمتِهِ للزَّوجِ، وللمُعيرِ أنْ يستردَّ العاريَّةَ.

وأمَّا الكتابية[1] فلها أنْ تخرجَ، إلا أنْ يَحبسهَا الزَّوجُ لِحفظِها في عدَّتِها، فتكونَ السُّكنى حقَّ الزَّوجِ[2].

وأمَّا الصَّغيرةُ فلها الخروجُ، وليسَ للزَّوجِ أنْ يمنعَهَا؛ لأنَّه لا يلزمُها حقُّ الشَّرعِ، ولا حقُّ الزَّوجِ، لأنَّ حقَّه في حفظها لصيانةِ الولَدِ، فلا يُتصوَّرُ الولدُ في حقِّها.

وأمَّا أمُّ الولدِ إذا أُعتِقَتْ أو ماتَ سيِّدُها فلها أنْ تخرجَ؛ لأنَّ عدَّتها عدَّةُ الوطءِ، وكذا في الوطءِ عنْ شبهةٍ أو عنْ نكاحٍ فاسدٍ، لها أنْ تخرجَ؛ لأنَّ ذلكَ واجبٌ في النِّكاحِ الصَّحيحِ لا غيرَ.

وأمَّا الحِدادُ فلا يجبُ على الصَّغيرةِ والكافرةِ؛ لأنَّه ليس عليهما حقُّ اللهِ تعالى.

---

(١) في «أ»: (المكاتبة).

(٢) في «أ»: (المولى).

فأمَّا على الأَمَةِ والمدبَّرةِ وأمِّ الولد والمُكاتَبةِ إذا كانت زوجةً[١] يجبُ[٢]؛ لأنَّه عبادةٌ بدنيَّةٌ، وإنَّها لا تسقطُ بسببِ الرِّقِّ، وفي عدَّةِ أمِّ الولدِ بعدَ العِتقِ والموتِ.

وفي العدَّةِ عنْ نكاحٍ فاسدٍ لا حدادَ أيضًا؛ لأنَّه يجبُ لحرمةِ الزَّوجيَّةِ، ولم يُوجدْ.

ثم المعتدَّةُ إذا قالت: «انقضتْ عدَّتِي» في مدَّةٍ تنقضي بها العدَّةُ غالبًا، فإنَّها تصدَّقُ؛ لأنَّها أمينةٌ، والقولُ قولُ الأمينِ فيما لا يُخالِفُهُ الظَّاهرُ بالإجماعِ، ولو لم تعترفْ بانقضاءِ العدَّةِ لا تنقضي؛ لاحتمالِ أنَّها تَصيرُ مُمتدَّةَ الطُّهرِ.

فأمَّا إذا أخبرتْ بانقضاءِ العدَّةِ في مدَّةٍ أقلَّ مِنْ شهرينِ، قال أبو حنيفةَ: لا تُصدَّقُ في أقلَّ مِنْ شهرينِ، وقال أبو يوسفَ ومحمَّدٌ: تصدَّقُ في تسعةٍ وثلاثينَ يومًا، ولتخريجِ قولِ أبي حنيفةَ وجهانِ: أحدُهما: رواهُ محمَّدٌ، والثَّاني: رواه الحسنُ.

فإنْ طلَّقَها في نِفاسِها وهي حرَّةٌ، قال أبو حنيفةَ في روايةِ محمَّدٍ: لا تُصدَّقُ في أقلَّ مِنْ خمسةٍ وثمانينَ يومًا، وفي رواية الحسنِ: مئةَ يومٍ.

وقال أبو يوسفَ: لا تُصدَّقُ في أقلَّ مِنْ خمسةٍ وستينَ يومًا.

وقال محمَّدٌ: لا تُصدَّقُ في أقلَ مِنْ أربعةٍ وخمسينَ يومًا وساعةً، ووجه تخريجُ المسألةِ يُعرفُ في كتابِ الحيضِ إنْ شاءَ اللهُ تعالى، والله أعلمُ بالصَّوابِ.

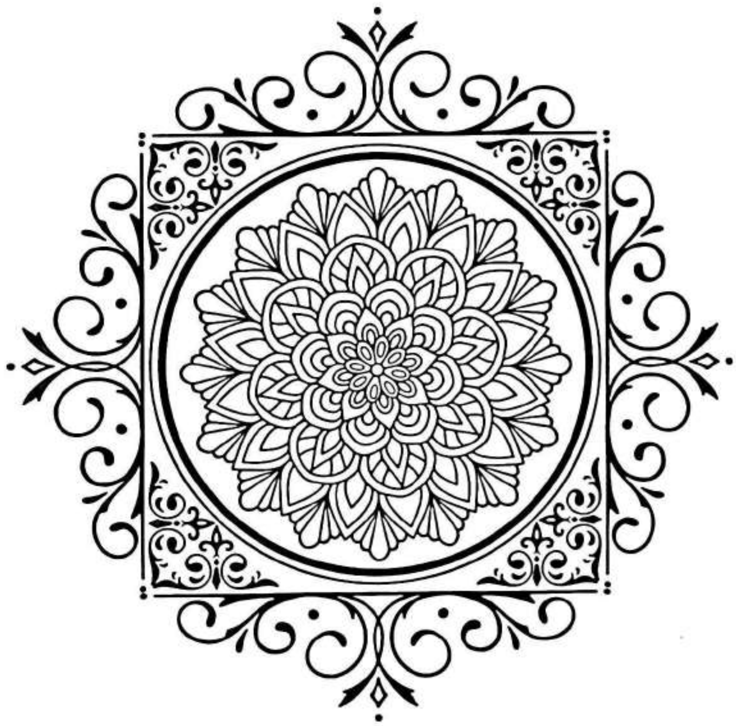
❁ ❁ ❁

---

(١) في «ز»: (تحته).

(٢) سقط من «أ» و«ز»: (يجب).

كتاب العتاق



كتاب العتاق

الإِعْتَاقُ أنواعٌ:

ـ قدْ يَكونُ قُربةً وطاعةً للهِ تعالى، بأنْ أَعتَقَ لِوَجهِ اللهِ، أو نَوى عن كَفَّارةٍ عَليهِ.

ـ وقدْ يَقَعُ مُباحًا غيرَ قُربةٍ، بأنْ أَعتَقَ مِنْ غَيرِ نيَّةٍ، أو أَعتَقَ لِوجهِ فُلانٍ.

ـ وقدْ يَقَعُ مَعصيةً، بأنْ قالَ: «أنتَ حُرٌّ لِوجهِ الشيطانِ»، ويَقعُ العِتْقُ أيضًا.

ثُم الألفاظُ التي تُذكَرُ في العِتْقِ نَوعانِ: نَوعٌ يَثبتُ بهِ العِتقُ في الجملةِ، إمَّا بالنيَّةِ أو بِغيرِ النيَّةِ، ونَوعٌ لا يَثبتُ بهِ العِتقُ أصلًا، وإنْ نَوى.

أمَّا الذي يَثبتُ بهِ العِتقُ فثلاثةُ أنواعٍ: صَريحٌ، ومُلحَقٌ بالصريحِ، وكِنايةٌ.

أمَّا الصريحُ فما يُشتَقُّ مِنْ لَفظِ الحُرِّيةِ والعِتقِ والوَلاءِ، بأنْ قالَ: «أنتَ حُرٌّ»، أو «حَرَّرْتُكَ»، أو «أنتَ عَتيقٌ»، أو «مُعتَقٌ»، أو «أَعتَقتُكَ»، أو «أنتَ مَولاي».

وقدْ يكونُ بِصِيغةِ النِّداءِ بأنْ قالَ: «يا حُرُّ»، «يا عَتيقُ»، «يا مَولاي»، وفي هذهِ الألفاظِ لا يُحتَاجُ إلى النيَّةِ؛ لِكونِهِ صَريحًا، ولو نَوى بهِ الخَبَرَ عنِ الكَذِبِ في هذهِ الألفاظِ يُصدَّقُ فيما بينَهُ وبينَ اللهِ تعالى دُونَ القَضاءِ؛ لأنَّ صِيغتَهُ صِيغةُ الخَبرِ، والخَبرُ قدْ يكونُ كَذِبًا.

وإنْ نَوى أنَّهُ كانَ حُرًّا، فإنْ كانَ مَسبِيًّا يُصدَّقُ في الديانة لا في القضاءِ[1]، وإنْ كانَ مُولَّدًا لا يُصدَّقُ أَصلاً.

---

(١) في «أ»: (في القضاء)، وسقطت من «ز».

وإنْ قال: «أنتَ حُرٌّ»، ونَوى أنَّهُ حُرٌّ مِنَ العَمَلِ، أي لا أَستَعمِلُهُ في عَملٍ ما، لا يُصدَّقُ في القضاءِ ويَعتِقُ، ويُصدَّقُ فيما بينَهُ وبينَ اللهِ تعالى، وكذا لو قال: «أنتَ مَولاي»، ونَوَى المُوالاةَ في الدينِ، لا يُصدَّقُ في القضاءِ، ويُصدَّقُ فيما بينَه وبينَ اللهِ تعالى.

ولو قال: «أنتَ حُرٌّ مِنْ هذا العملِ»، وسَمَّى عَملًا مُعيَّنًا، أو قال: «أنتَ حُرٌّ مِنَ العَملِ اليومَ»، فإنَّهُ يَعتِقُ في القضاءِ؛ لأنَّ العِتقَ لا يَتَجزَّأُ، فإذا جَعلَهُ حُرًّا في بعضِ الأعمالِ، أو جَعَلَهُ حُرًّا عنِ الأعمالِ كلِّها في بعضِ الأزمانِ، يَثبتُ في الكلِّ، ويُصدَّقُ فيما بينَه وبينَ اللهِ تعالى أنَّهُ أرادَ به البعضَ.

وأمَّا اللفظُ المُلحَقُ بالصريحِ كقولِهِ لعبدِهِ: «وَهبتُ لكَ نفسَكَ»، أو «وَهبتُ نفسَكَ مِنكَ»، فإنَّهُ يَعتِقُ قبِلَ العبدُ أو لم يَقبَلْ، نَوى أو لم يَنوِ.

وكذلكَ إذا قال: «بِعتُ نفسَكَ مِنكَ»، إلا أنَّهُ إذا باعَ نفسَهُ مِنَ العبدِ بثَمَنٍ مَعلومٍ، يُشترَطُ القَبولُ؛ لأجلِ ثُبوتِ العِوَضِ.

ورُوِيَ عن أبي يوسفَ أنَّهُ قالَ: إذا قالَ لعبدِهِ: «أنتَ مَولَى فُلانٍ»، أو «عَتيقُ فُلان»، يَعتِقُ في القضاءِ؛ لأنَّهُ أَقرَّ بالحريةِ، وهوَ مالكٌ للعبدِ، ولو قال: «أَعتَقَكَ فلانٌ» لا يَعتِقُ؛ لأنَّهُ يُحتَمَلُ أنَّهُ أرادَ بِهِ أنَّهُ قال: أنتَ حُرٌّ الآنَ، ويُحتمَلُ الخَبرُ، فلا يَثبتُ العِتقُ بالشكِّ، لكنْ يَجوزُ أنْ يُقالَ: يَعتِقُ في الحالَينِ.

وأمَّا ألفاظُ الكنايةِ فأنْ يقولَ لِعبدِهِ: «لا سبيلَ لي عليكَ»، أو «لا مِلكَ لي عَليكَ»، أو «خَلَّيتُ سَبِيلكَ»، أو «خَرجتَ عن مِلْكِي»، فإنْ نَوى العِتْقَ يَعتِقُ، وإنْ لم يَنوِ يُصدَّقُ في القضاءِ؛ لأنَّهُ لَفظٌ مُشتركٌ، إلا إذا قال: «لا سبيلَ لي عليكَ إلا سبيلُ الولاءِ»، فهوَ حُرٌّ في القضاءِ، ولا يُصدَّقُ أنَّهُ أرادَ بِهِ غيرَ العِتقِ.

ولو قال: «لا سَبيلَ إلا سَبيلُ المُوالاةِ» يُصدَّقُ في القضاءِ؛ لأنَّهُ قدْ يُرادُ بِهِ المُوالاةُ في الدِّينِ، بخلافِ لفظِ الولاءِ، فإنَّهُ مُستعمَلٌ في وَلاءِ العِتقِ.

وأمَّا الألفاظُ التي لا يَعتِقُ بها وإنْ نَوى، بأنْ قالَ لعَبدِهِ: «لا سُلطانَ لي عليكَ»، أو قال لعَبدِهِ: «اذهبْ حيثُ شِئتَ»، أو «تَوجَّهْ أينَ شِئتَ مِنْ بِلادِ اللهِ»، أو قال لعَبدِهِ: «أنتَ طالقٌ»، أو «طَلَّقتُكَ»، أو «أنتَ بائنٌ»، أو «أنتَ عليَّ حَرامٌ»، أو قال لأَمَتِهِ، وكذلكَ سائرُ كِناياتِ الطلاقِ، ونَوى العِتقَ في هذهِ الفُصولِ لا يَعتِقُ؛ لأنَّها عِبارةٌ عن زَوالِ اليَدِ، وأنَّهُ لا يَقتَضِي العِتقَ كما في الكتابةِ.

ولو قال: «يَدُكَ» أو «رِجلُكَ حُرٌّ»، ونَوى العِتقَ لا يَعتِقُ، وإنَّما يَعتِقُ إذا أُضيفَ إلى جزءٍ شائعٍ، أو جزءٍ جامعٍ، بأنْ قال: «رأسُكَ حرٌّ»، أو «وَجهُكَ حُرٌّ»، كما في الطلاقِ.

ولو نَوَّنَ وقال: «رأسُكَ رأسٌ حُرٌّ»، أو «بَدَنُكَ بَدَنٌ حُرٌّ»، أو «وَجهُكَ وَجهٌ حُرٌّ» يَعتِقُ.

ولو قال على الإضافةِ: «وَجهُكَ وَجهُ حُرٍّ»، أو «رأسُكَ رأسُ حُرٍّ»، أو «بَدَنُكَ بَدَنُ حُرٍّ» لا يَعتِقُ؛ لأنَّ هذا تَشبيهٌ.

ولو قال: «ما أنتَ إلا مِثلُ الحُرِّ»، أو «أنتَ مِثلُ الحُرِّ»، ونَوى العِتقَ لا يَعتِقُ؛ لأنَّهُ تَشبيهٌ، وقدْ قالُوا: إنَّهُ إذا نَوى العِتقَ يَعتِقُ، فإنَّهُ ذَكَرَ في كتابِ الطلاقِ إذا قالَ لامرأتِهِ: «أنتِ مِثلُ امرأةِ فلانٍ»، وفلانٌ قدْ آلى مِنِ امرأتِهِ، ونَوَى الإيلاءَ يُصدَّقُ، ويَصيرُ مُوليًا.

ومِنَ الألفاظِ التي يَثبتُ بها العِتقُ ألفاظُ النَّسَبِ، والأصلُ فيهِ أنَّ مَنْ وَصَفَ مَملُوكَهُ بصفةِ شَخصٍ يَعتِقُ عليهِ إذا مَلَكَهُ، فهوَ على وَجهَينِ:

- أحدُهما: أنْ يَذكُرَ بطريقِ الصفةِ.
- والآخرُ بِطريقِ النِّداءِ.

أمَّا الصفةُ نَحوَ أنْ يَقولَ: «هذا ابني»، أو «هذهِ ابنتي»، والنداءُ أنْ يقولَ: «يا ابني»، أو «يا ابنتي»، ولا يَخلُو إمَّا إنْ كانَ العبدُ مَجهولَ النَّسبِ، أو معروفَ النَّسبِ مِنْ غَيرِهِ، ولا يَخلُو إمَّا أنْ يَصلحَ ولدًا لهُ، أو لا يَصلحَ، وكذلكَ في سائرِ القَراباتِ المُحرَّمةِ

للنكاحِ، بأنْ قال: «هذا عَمِّي»، أو «أخي»، أو «خالي»، ذَكَرَ في ظاهرِ الروايةِ، وسَوَّى بينَ الكلِّ، إلا في الأخِ والأُختِ، فإنَّهُ لا يَعتِقُ إلا بالنِّيَّةِ، وروى الحسنُ عن أبي حنيفةَ أنَّهُ سَوَّى بينَ الكلِّ وقال: يَعتِقُ.

وأمَّا في النداءِ إذا قال: «يا ابني»، «يا ابنتي»، «يا أُمِّي»، «يا أبي»، فإنَّهُ لا يَعتِقُ إلا إذا نَوَى؛ لأنَّ النداءَ لا يُرادُ بهِ ما وُضِعَ لهُ اللفظُ، إنَّما يُرادُ بهِ استِحضارُ المُنادى، إلا إذا ذَكَرَ اللفظَ الموضوعَ للحريةِ، كقولِهِ: «يا حُرُّ»، «يا مَولاي»، يَعتِقُ؛ لأنَّ في الموضوعِ لا يُعتبَرُ المَعنى.

ثم يُنظَرُ إنْ كانَ مَجهُولَ النَّسبِ، وهوَ يَصلحُ وَلدًا لهُ، أو والدًا، فإنَّهُ يَثبتُ النَّسبُ ويَعتِقُ، وإنْ كانَ مَعروفَ النَّسبِ مِنْ غَيرِهِ فإنَّهُ لا يَثبتُ النَّسبُ، ولكنْ يَعتِقُ؛ لاحتمالِ النَّسبِ منهُ بالنِّكاحِ أو الوَطءِ عن شُبهةٍ والاشتهارِ مِنْ غيرِهِ، أو بسببِ الزنا.

وعندَ الشافعيِّ ما لم يَثبتِ النَّسبُ منهُ لا يثبتُ العِتقُ(١).

وإنْ كانَ لا يَصلحُ وَلدًا، ولا والدًا، ولا عمًا، قال أبو حنيفةَ: يَعتِقُ، وقال أبو يوسفَ ومحمدٌ والشافعيُّ: لا يَعتِقُ(٢).

ولو قال: «هذه بِنتِي»، أو «أُمِّي»، وهي تَصلحُ لِذلكَ، إنْ كانتْ مَجهولةَ النَّسبِ، وليسَ للمدَّعِي أمٌّ مَعروفةٌ يَثبتُ النسبُ والعِتقُ والحُرمةُ، وإنْ كانتْ مَعرُوفةَ النسبِ، أو كانتْ للمُدَّعِي أمٌّ مَعروفةٌ لا يثبتُ النسبُ، ولكنْ يَثبتُ العِتقُ والحُرمةُ، وإنْ كانَتْ لا تَصلحُ بِنتًا لهُ وأمًّا لهُ يَثبُتُ العِتقُ عندَ أبي حنيفةَ، ولكنْ لا تَثبُتُ الحُرمةُ.

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (٧/ ٨٨)، والوسيط في المذهب (٧/ ٤٧٩)، والشرح الكبير للرافعي (١١/ ١٨٨-١٨٩).

(٢) انظر: بحر المذهب للروياني (٨/ ٢٣١)، والتهذيب في فقه الإمام الشافعي (٤/ ٢٧٤)، و البيان في مذهب الإمام الشافعي (١٣/ ٤٧٦).

وهذا إذا لم تكنْ زَوجةً لهُ، فإنْ كانتْ زوجةً لهُ فقال: «هذهِ بنتي، أو أُمِّي»، إنْ كانتْ مَعروفةَ النَّسبِ لا تَثبتُ الحرمةُ أيضًا، وكذلكَ إذا كانتِ البنتُ أكبرَ منهُ سِنًّا والأمُّ أصغرَ منهُ سِنًّا لا تَقَعُ الفُرقةُ، وعلى هذا قالوا في الزَّوجةِ إذا قال: «هذه بِنتي»، وهيَ تَصلحُ بِنتًا لهُ، ثم قال: «أَوهَمْتُ»، أو «أَخطأْتُ»، لم تَقعِ الفُرقةُ، وإنَّما تَقَعُ إذا دامَ على ذلكَ وثَبتَ.

ولو قال لعبدِهِ: «هذا ابني»، أو لأَمَتِهِ: «هذهِ بِنتي»، ثُم قال: «أَخطأْتُ»، يَعتِقُ، ولا يُصدَّقُ.

ولو قال لأَمَتِهِ وهيَ مَجهولةُ النسبِ، وهيَ أصغرُ سِنًّا منهُ: «هذهِ بنتي»، ثُم تَزَوَّجَها جاز، سَواءٌ أَصَرَّ على ذلكَ أم لا، كذا ذُكِرَ في كتابِ النِّكاحِ، ولكنْ قالوا: هذا الجوابُ في مَعروفةِ النسبِ، فأمَّا في المَجهولةِ إنْ دامَ على ذلكَ، ثُم تَزَوَّجَها لم يَجُزْ، وإنْ لم يَدُمْ عليهِ جَازَ.

ولو قال لعبدِهِ: «هذهِ بِنتي»، أو لأَمَتِهِ: «هذا ابني»، اختلفَ المشايخُ فيه[1].

ثُم في مَعروفةِ النسبِ مِنَ الغيرِ إذا أَعتقَ هل تَصيرُ أُمُّهُ أمَّ ولدٍ لهُ إذا كانتْ في مِلكِهِ:

- بعضُهم قالوا: لا يَثبتُ الاستيلادُ، سواءٌ كانَ الولدُ مَعروفَ النسبِ أو مَجهولَ النسبِ.

- وقال بعضُهم: يَثبتُ في الحالَينِ.

- وبعضُهم فَرَّقَ إنْ كانَ مَعروفَ النسبِ لا يَثبتُ، وفي مَجهولِ النسبِ يَثبتُ، واللهُ أعلم.

❁ ❁ ❁

(١) قال بعضهم يعتق، وقال بعضهم لا يعتق ورجحه في «الهداية» و«فتح القدير»، وفي «المجتبى»: وهو الأظهر، انظر «البحر الرائق» (١/ ٢).

باب آخر من العتق

فِي البابِ فُصولٌ:

أحدُها: الإعتاقُ بينَ الشريكينِ أو الشركاءِ:

- والأصلُ فيهِ أنَّ الإعتاقَ يَتجزَّأُ عندَ أبي حنيفةَ.

- وعندَ أبي يوسفَ ومحمدٍ: لا يَتجزَّأُ[1].

- وقال الشافعيُّ: في حالةِ اليَسارِ لا يَتجَزَّأُ، وفي حالةِ الإعسارِ يَتجَزَّأُ.

فتُخرَّجُ المسائلُ على هذا:

إذا أَعتَقَ الرجلُ عَبدًا بينَه وبينَ شريكِهِ، عَتَقَ نَصيبُهُ لا غيرَ، سواءٌ كانَ مُوسِرًا أو مُعسِرًا، ولشريكِ المُعتِقِ خَمسُ خِياراتٍ: إنْ شاءَ أَعتَقَ نَصيبَهُ، وإنْ شاءَ دَبَّرَهُ، وإنْ شاءَ كاتَبَهُ، وإنْ شاءَ استَسعاهُ إنْ كانَ المُعتِقُ مُعسِرًا[2]، وإنْ شاءَ ضَمَّنَ المُعتِقَ إنْ كانَ مُوسِرًا، غيرَ أنَّهُ إذا دَبَّرَهُ يَصيرُ مُدبَّرًا نَصيبَهُ، ويجبُ عليهِ السعايةَ للحالِ، فيَعتِقُ، ولا يَجوزُ لهُ أنْ يُؤخِّرَ عِتقَهُ إلى ما بعدَ الموتِ.

ثُم إذا أَعتَقَ العبدَ بإعتاقِ الشريكِ نَصيبَهُ، أو بالاستسعاءِ واستيفاءِ بَدلِ الكتابةِ، يكونُ الولاءُ بينَهما؛ لِوُجودِ الإعتاقِ مِنهما.

---

(١) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب (١٢/ ١٩٨)، وأسنى المطالب في شرح روض الطالب (٤/ ٤٤٣).

(٢) سقط من «ز» و«س»: (إن كان المعتق معسرًا).

وإنْ ضَمَّنَ المُعتِقَ فللمعتِقِ أنْ يُعتِقَهُ إنْ شاءَ، وإن شاءَ استَسعاهُ، وإنْ شاءَ كاتَبَهُ أو دَبَّرَهُ؛ لأنَّ نَصيبَهُ انتقَلَ إليهِ في حقِّ الإعتاقِ، والمُدَبَّرُ يَحتَمِلُ النقلَ في حقِّ الإعتاقِ لا غيرَ، فكانَ لهُ الخِيارُ، كما للشريكِ قَبلَ التضمينِ، ويكونُ الولاءُ كلُّهُ لهُ.

وقال أبو يوسفَ ومحمدٌ: يَعتِقُ كُلُّهُ، ثُم إنْ كانَ المُعتِقُ مُوسِرًا فلِلشريكِ أنْ يُضمِّنَهُ إنْ شاءَ، وإنْ شاءَ تَركَ، وليسَ لهُ أنْ يَستَسعِيَ العبدَ، وإنْ كانَ مُعسِرًا لهُ أنْ يَستَسعِيَ.

وقال الشافعيُّ: إنْ كانَ المُعتِقُ مُوسِرًا يَعتِقُ كُلُّهُ، ولهُ أنْ يُضَمِّنَهُ، وإنْ كانَ مُعسِرًا يَعتِقُ ما أَعتقَ، ويَبقَى الباقي رَقِيقًا، وتَجوزُ فِيهِ جميعُ التَّصرُّفاتِ المُزيلةِ للمِلكِ في نَصيبِهِ(١).

ولو كانَ العبدُ كُلُّهُ لرَجُلٍ واحدٍ، فأعتقَ نِصفَهُ، أو شيئًا مَعلومًا منهُ فإنَّهُ يَعتِقُ بقَدرِهِ، ولهُ الخِيارُ في الباقي، بَينَ أنْ يَعتِقَ أو يُدَبِّرَ أو يُكاتِبَ أو يَستَسعِي، ويكونُ الوَلاءُ كلُّهُ لهُ إذا عَتَقَ بالإعتاقِ أو بالسعايةِ.

وعندَهما يَعتِقُ كلُّهُ، وليسَ لهُ أنْ يَستسعيَهُ.

وكذا لو أَعتَقَ نَصيبَهُ بإذنِ شَريكِهِ، فلِلشريكِ أنْ يَستسعِيَ، وليسَ له حقُّ التَّضمِينِ؛ لأنَّهُ سَقَطَ بالإذنِ، وهو قولُ أبي حنيفةَ، وعندَهما يَسقطُ الضمانُ، وليسَ لهُ حقُّ الاستسعاءِ.

وكذلكَ لو أَعتَقَ نصيبَ شريكِهِ بإذنِهِ يَعتِقُ عليهِ عندَ أبي حنيفةَ، وليسَ لهُ أنْ يُضمِّنَ شريكَهُ الذي يَقعُ الإعتاقُ مِنْ جِهتِهِ؛ لأنَّهُ رَاضٍ بفسادِ نَصيبِ نفسِهِ بالإقدامِ على إعتاقِ نَصيبِ شَريكِهِ، ولهُ أنْ يَستسعيَ العبدَ، وعلى قولِهما لا يَستسعي، وقيل: إنَّ على قولِهما يَنبغِي أنْ يكونَ لهُ حقُّ التَّضمينِ؛ لأنَّهُ ضَمانُ تَمليكٍ.

---

(١) انظر: الأم للشافعي (٤/ ١٢٢)، ومختصر المزني (٨/ ٤٢٨)، الحاوي الكبير (١٠/ ٤٧٤).

ولو أَعتقَ نَصيبَ شريكِهِ بغيرِ إذنِهِ لا ينفذُ عِتقُهُ؛ لأنَّهُ أضافَ إلى ما ليسَ بمَملوكٍ لهُ فلا ينفذُ، ويتوقَّفُ على إجازتِهِ.

ثُم تَفسيرُ اليَسارِ الذي يتعلَّقُ بهِ وُجوبُ الضَّمانِ: هوَ أنْ يكونَ المُعتِقُ مالِكًا لِمِقدارِ قِيمةِ ما بَقيَ مِنَ العبدِ، قَلَّتْ أو كَثُرتْ، وتَفسيرُ الإعسارِ ألَّا يَقدِرَ على هذا.

ثُم إنَّما تُعتبَرُ القيمةُ في الضمانِ والسعايةِ يومَ الإعتاقِ؛ لأنَّهُ سببُ الضمانِ، وكذا يُعتبَرُ حالُ المُعتِقِ في يسارِهِ أو إعسارِهِ يومَ الإعتاقِ، حتى إذا كانَ مُوسِرًا يَثبتُ للشريكِ حقُّ التضمينِ، فإذا أَعسرَ المُعتِقُ لا يَبطلُ حقُّ التضمينِ، وإنْ كانَ مُعسِرًا حتى يَثبتُ حقُّ الاستسعاءِ للشريكِ، ثُم إذا أَيسرَ المُعتِقُ فليسَ للشريكِ حقُّ التضمينِ.

ولو اختلفَا في قِيمةِ العبدِ لا يَخلو إمَّا إنْ كانَ العبدَ قائمًا أو هالِكًا:

فإنْ كانَ قائمًا إنْ كانتِ الخُصومةُ وَقَعَتْ في حالِ الإعتاقِ، تُعتبَرُ قِيمةُ العبدِ للحالِ، ويُحكَمُ عليهِ بذلكَ، ويَسقطُ اعتبارُ البَيِّنةِ والتحالفِ.

وإنِ اتَّفقَا أنَّ الإعتاقَ سابقٌ على حالِ الخُصومةِ، فلا يُمكنُ الرجوعُ إلى قِيمةِ العبدِ للحالِ، ويُحكَمُ عليهِ بذلكَ، وسقطَ اعتبارُ البَيِّنةِ والتحالفِ؛ لأنَّ القيمةَ قدْ تَزيدُ وتَنقُصُ في هذهِ المُدَّةِ، ويكونُ القولُ قولَ المُعتِقِ؛ لأنَّهُ يُنكِرُ الزِّيادةَ.

وإنْ كانَ العبدُ هَالكًا فالقولُ قولُ المعتِقِ؛ لإنكارِهِ الزيادةَ.

وإنْ اختلفا في حالِ المُعتِقِ مِنَ اليَسارِ والإعسارِ، والعِتقُ مُتقَدِّمٌ على حالِ الخُصومةِ، إنْ كانتْ مُدَّةٌ يَختلِفُ فيها اليَسارُ والإعسارُ فالقولُ قولُ المُعتِقِ؛ لأنَّهُ يُنكِرُ اليَسارَ، وإنْ كانَ لا يَختلفُ يُعتبَرُ الحالُ.

والفصل الثاني: إذا قال لِعبدَيهِ: «أحدُكما حُرٌّ»، أو قال: «هذا حُرٌّ أو هذا»، أو سَمَّاهُما فقال: «سالمٌ حرٌّ» أو «بزيعٌ»، فالمَولى بالخِيارِ بَينَ أنْ يُعيِّنَ العِتقَ في أيِّهما شاءَ.

وكذلكَ في إعتاقِ إحدى أَمَتَيهِ؛ لأنَّهُ أثبتَ العِتقَ في إحدَاهُما، فهوَ المُبهِمُ، فكانَ البيانُ إليهِ.

فإذا خاصمَهُ العَبدانِ إلى الحاكمِ، أَجبرَهُ الحاكمُ على أنْ يُعيِّنَ أحدَهما؛ لأنَّهُ تَعلَّقَ بهِ حقُّ العِتقِ لأحدِهما، فإنْ لم يُخاصِماهُ عندَ الحاكمِ فاختارَ إيقاعَ العِتقِ على أحدِهما وَقَعَ العِتقُ عليهِ حِينَ اختارَ عِتقَهُ، وهما قَبلَ ذلكَ بمَنزلةِ العَبدَينِ، ما دامَ خِيارُ المَولى قائمًا فِيهما.

فأمَّا إذا انقَطَعَ خِيارُ المَولى، وأحدُهما في مِلكِهِ، تَعيَّنَ للعِتقِ، بأنْ ماتَ أحدُ العَبدَينِ.

وإذا ماتَ المَولى يَعتِقُ مِنْ كلِّ واحدٍ مِنهما نِصفُهُ؛ لأنَّ الخيارَ فاتَ بمَوتِ المَولى، ولا يُعرفُ الحرُّ مِنَ العَبدِ، فيَشيعُ فِيهما.

فإنْ أَخرجَ المَولى أحدَهما عن مِلكِهِ بَوجهٍ مِنَ الوُجوهِ، بأنْ باعَهُ، أو رَهَنَهُ، أو أَجَّرَهُ، أو كاتبَهُ، أو دَبَّرَهُ، أو كانتا أَمَتَينِ فاستَولَدَ إحدَاهُما، أو باعَ إحداهُما على أنَّهُ بالخيارِ، أو على أنَّ المُشتري بالخِيارِ، أو باعَ إحداهما بَيعًا فاسِدًا، وقَبَضَهُ المشتري، أو حَلَفَ على إحداهما بالإعتاقِ إنْ فَعلَ شيئًا، فذلكَ كلُّه اختيارٌ لإيقاعِ العِتقِ في الآخرِ؛ لأنَّ المُخيَّرَ بينَ شَيئَينِ إذا فعلَ ما يُستدَلُّ بهِ على الاختيارِ، فإنَّهُ قامَ مَقامَ قولِهِ: «اختَرتُ»، وفي هذهِ المَواضِعِ وُجِدَ ما يُستَدَلُّ بهِ على الاختيارِ؛ لأنَّه إمَّا أنْ يُزيلَ المِلكَ، أو هوَ سببٌ لإنشاءِ زَوالِ المِلكِ، أو العِتقِ، أو تَصرُّفٌ لا يَجوزُ إلا بالمِلكِ.

فأمَّا إذا وَطِئَ إحدى أَمَتَيهِ التي أَبهَمَ العِتقَ فِيهما لا يكونُ اختيارًا للعِتقِ عندَ أبي حنيفةَ، إلا إنْ تَعلَقَ مِنهُ، وعندَهما يكونُ اختيارًا.

وكذا على هذا الخلافِ إذا لَمَسَها لشهوةٍ.

وأَجمعُوا أنَّه لو استَخدَمَ إحداهُما لا يكونُ بَيانًا، والمسألةُ مَعروفةٌ.

والفصلُ الثالثُ: إعتاقُ الحَمْلِ:

والأصلُ فيهِ أنَّ الحَملَ يَعتِقُ بإعتاقِ الأُمِّ تَبعًا، ويَعتِقُ بإضافةِ العِتقِ إليهِ مَقصُودًا أيضًا؛ لأنَّهُ أصلٌ مِنْ وَجهٍ وتَبَعٌ مِنْ وَجهٍ، إذا ثَبَتَ هذا نَقولُ:

إذا قال لأَمَتِهِ: «ما في بَطنِكِ حُرٌّ»، فجاءَتْ بوَلدٍ لأقلَّ مِنْ ستَّةِ أشهرٍ منذُ قالَ ذلكَ يَعتِقُ، وإنْ جاءتْ بهِ لأكثرَ مِنْ ستةِ أشهرٍ لم يَعتِقْ؛ لأنَّا تَيقنَّا بالعلوق في الفصلِ الأوَّلِ، ووَقَعَ الشكُّ في الثاني، فلا يَعتِقُ معَ الشكِّ.

فإنْ وَلدَتْهُ مَيتًا بعدَ القَولِ بيومٍ لم يَعتِقْ؛ لأنَّا لا نَعلمُ حَياتَهُ عندَ الإيقاعِ، فإذا كانتِ الأَمَةُ في عِدَّةٍ مِنْ زَوجٍ، عَتَقَ الولدُ إذا وَلدَتْهُ ما بينَها وبينَ سَنتَينِ مُنذُ وَجَبتِ العِدَّةُ، وإنْ كانَ لأكثرَ مِنْ سِتَّةِ أَشهرٍ مُنذُ قالَ المَولى؛ لأنَّا نَحكُمُ بثُبوتِ نَسبِ هذا الولدِ مِنَ الزوجِ، فلا بُدَّ أنْ يُحكَمَ بِوجُودِهِ قَبلَ الطلاقِ، والعَتَاقُ مُتأخِّرٌ عن ذلكَ.

ولـو قـال: «ما في بَطنِكِ حُرٌّ»، ثُم ضَربَ رَجلٌ بَطنَها بعدَ يومٍ فألقَتْ جَنينًا ميتًا ففيه ما في جَنينِ الحرَّةِ عَبدًا أو أَمَةً؛ لأنَّهُ لَما وَجَبَ الضمانُ على الضاربِ شرعًا فقدْ حُكِمَ بكونِهِ حَيًّا يومَ الإعتاقِ.

ولو وَلدتْ وَلَدينِ أحدُهما لأقلَّ مِنْ ستةِ أَشهرٍ، والآخرُ لأكثرَ منهُ بيومٍ عَتَقَا؛ لأنَّا تَيقَنَّا بعِتقِ الذي وَلَدَتْ لأقلَّ مِنْ ستةِ أشهرٍ، والآخرُ يجوزُ أنْ يكونَ مَوجُودًا وهو حَمْلٌ واحدٌ، فمتى ثَبتَ حُكمُ الحياةِ في أحدِهما فكذا في الآخرِ.

ولو قال لعبدِهِ أو لأَمَتِهِ: «أنتَ حُرٌّ إنْ شِئتَ»، أو «قدْ خَيَّرتُكَ في إعتاقِكَ»، أو «جَعلتُ عِتقَكَ في يدِكَ»، فإنَّهُ يَصِحُّ تَفويضُ العِتقِ إلى الرَّقِيقِ، ويكونُ الخِيارُ إليهِ في المَجلِسِ، والجوابُ في العِتقِ في هذا الفَصلِ والطلاقِ سواءٌ، وقدْ بَيَّنَّا في كتابِ الطلاقِ.

ولو قال لعبدِهِ: «أنتَ حرٌّ إنْ شاءَ اللهُ»، فإنَّهُ لا يَعتِقُ، وما عَرفْتَ مِنَ الجوابِ في استثناءِ الطلاقِ فهوَ الجوابُ في العَتاقِ، وقدْ ذَكرْنا في كتابِ الطلاقِ.

فَصلٌ

[مَنْ مَلَكَ ذا رَحِمٍ مَحرَمٍ منهُ]

قال عامَّةُ العلماءِ: إنَّ مَنْ مَلَكَ ذا رَحِمٍ مَحرَمٍ منهُ عَتَقَ عليهِ، صَغيرًا كانَ المالِكُ أو كَبيرًا، صحيحَ العقلِ أو مَجنونًا.

وقال مالكٌ[١] وأصحابُ الظُّواهرِ[٢]: لم يَعتِقُوا إلا بإعتاقِ المالِكِ.

وقال الشافعيُّ: لا يَعتِقُ بالمِلكِ إلا مَنْ لهُ وِلادٌ[٣].

وأجمَعُوا أنَّهُ لا يَعتِقُ مَنْ كانَ لهُ رَحِمٌ غيرُ مَحرَمٍ للنكاحِ.

وأهلُ الذِّمَّةِ في ذلكَ والإسلامِ سواءٌ، بخلافِ النفقةِ، فإنَّها تَختَلِفُ، في الوَالدينِ والمَولُودَينِ تَجِبُ، وفي غيرِهم مِنَ الرَّحِمِ المَحرَمِ لا تَجبُ، والمسألةُ مَعروفةٌ.

ولو مَلَكَ سَهمًا مِنَ الرَّحِمِ المَحرَمِ عَتَقَ بقَدْرِ ما مَلَكَ عندَ أبي حنيفةَ، وعندَ أبي يوسفَ ومحمدٍ وزُفرَ عَتَقَ كُلُّهُ؛ لأنَّ العِتقَ يَتجَزَّأُ عندَهُ خِلافًا لهم.

ولو مَلَكَ رَجُلانِ عَبدًا، وهوَ ابنُ أحدِهما، أو ذُو رَحِمٍ مَحرَمٍ منهُ بعَقدٍ عَقَداهُ جَميعًا أو قِبلاهُ جَميعًا مِنَ الشراءِ والهبةِ والصدقةِ، لم يَضمَنْ مَنْ عَتَقَ عليهِ لشريكِهِ شيئًا، ويَسعى العبدُ في نَصيبِهِ عندَ أبي حنيفةَ، وقال أبو يوسفَ ومحمدٌ: يَضمَنُ الذي عَتَقَ عليهِ نَصيبَهُ إنْ كانَ مُوسِرًا.

وأجمعوا أنَّهما لو مَلكاهُ بسببِ الإرثِ، لم يَضمَنْ لشريكِهِ شَيئًا في قولِهم جَميعًا.

---

(١) انظر: التهذيب في اختصار المدونة (٢/ ٥١٣)، التهذيب في اختصار المدونة (٢/ ٥١٣)، و عيون المسائل للقاضي عبد الوهاب المالكي (ص: ٦١٣).

(٢) انظر: المحلى بالآثار (٨/ ١٨٦).

(٣) انظر: الأم للشافعي (٤/ ١٢٣)، وبحر المذهب للروياني (٨/ ٢١٥).

وعلى هذا إذا باعَ رجلٌ نِصفَ عبدِهِ مِنْ ذي رَحِمٍ مَحرَمٍ مِنْ عبدِهِ حتى عَتَقَ نَصيبُ المُشتري، لم يَضمَنْ للبائعِ شيئًا عندَ أبي حنيفةَ، خِلافًا لهما.

ويَستوِي الجوابُ بينَما إذا لم يَعلمْ أنَّ الشريكَ أو المشتريَ قَريبُ العبدِ، وبينَما إذا عَلمَ في جوابِ ظاهرِ الروايةِ، وروى بِشرٌ عن أبي يُوسفَ: إنْ كانَ الأجنبيُّ يَعرفُ ذلكَ فإنَّ العبدَ يَعتِقُ[1]، ويَسعَى للأجنبيِّ في قولِ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ، وإنْ كانَ لا يعلمُ فهوَ بالخِيارِ، إنْ شاءَ نَقضَ البيعَ، وإن شاءَ أَتَمَّ عليهِ.

وعلى هذا الخلافِ إذا حَلَفَ رجلٌ بعتقِ عَبدٍ إذا مَلَكَهُ، ثُم اشتراهُ هوَ وآخرُ، لا ضمانَ لشريكِهِ عندَ أبي حنيفةَ، وعندَهما لهُ أنْ يَضمِّنَ، ذكرَ الخلافَ أبو بكرٍ الرازيُّ.

وأبو الحسنِ الكَرخِيُّ يقولُ: لا أعرفُ الروايةَ في هذهِ المسألةِ، ومنْ أصحابِنا مَنْ فَرَّقَ بينَ المَسألَتينِ، وهذهِ المسألةُ تُعرَفُ في الخِلافياتِ.

فَصلٌ

[في تعميم العتق وتعليقه]

أَصلُ هذا أنَّ العِتقَ المُضافَ إلى المِلكِ كالمُعلَّقِ في المِلكِ عندَنا خِلافًا للشافعيِّ، والمسألةُ مَعروفةٌ[2].

إذا ثَبتَ هذا نقولُ: إذا قال: «كلُّ مَملوكٍ لي فهوَ حرٌّ»، فإنَّهُ يَقعُ على ما هوَ مَملوكٌ للحالِ.

وكذلكَ إذا قالَ: «كلُّ مَملوكٍ أَملِكُهُ فهوَ حرٌّ»، ولا نِيَّةَ لهُ، فهوَ على مَملوكٍ لهُ يومَ حَلَفَ، ولا يَقعُ على ما يَحدُثُ فيهِ المِلكُ؛ لأنَّ قولَهُ: أَملِكُ، صارَ عِبارةً عَنِ الحالِ

---

(١) سقط من «أ»: (يعتق).

(٢) انظر: نهاية المطلب (٦/ ١٠٦)، والتهذيب (٨/ ٣٨٨).

باعتبارِ العُرفِ، فإنَّ مَنْ قالَ: «أشهدُ أنْ لا إلهَ إلا اللهُ» يكونُ مُسلمًا.

وحُكمُ المسألةِ: أنَّ كلَّ مَنْ كانَ في مِلكِهِ مِنْ ذَكرٍ أو أُنثى، قِنٌّ[1] أو مُدَبَّرٍ ومُدَبَّرةٍ، أو أمِّ وَلَدٍ وأولادِها، فإنَّه يَعتِقُ مِنْ غيرِ نِيَّةٍ؛ لأنَّهُ مَملوكُهُ.

وأمَّا المكاتَبُ فلا يَعتِقُ إلا بالنيةِ؛ لأنَّهُ غيرُ مُضافٍ إليهِ مُطلَقًا، ويَدخلُ العبدُ المَرهونُ، والعبدُ المُستأجَرُ، والعبدُ الذي عليهِ دَينٌ مُستغرِقٌ.

فأمَّا عبيدُ عبدِهِ المأذونِ إن لم يكنْ عليهِ دَينٌ فلا يَدخُلونَ عندَ أبي حَنيفَةَ وأبي يوسفَ إلا بالنيةِ؛ لأنَّهم لا يُضافُونَ إلى المَولى مُطلقًا، وقال محمدٌ: يَعتِقُون؛ لأنَّهم مِلكُه على الحقيقةِ.

وإنْ كانَ على المأذونِ دَينٌ مُستَغرِقٌ لم يَعتِقْ عندَ أبي حنيفةَ وإن نَواهُم؛ لأنَّهُ لا يَملِكُ أكسابَهُ عندَهُ.

وقال أبو يوسفَ: إنْ نَواهم عَتَقُوا؛ لأنَّهم مِلكُه، لكنْ لا يُضافُونَ إليهِ مُطلقًا.

وقال محمدٌ: يَعتِقُونَ بلا نِيَّةٍ؛ لأنَّهم مِلكُهُ، والمُعتَبَرُ عندَهُ المِلكُ دُونَ الإضافةِ.

ولا يدخلُ في هذا الكلامِ الحَمْلُ، نَحوَ أنْ يكونَ مُوصًى لهُ بالحَمْلِ، وكذا لو قال: «إنِ اشتَريتُ مَملُوكَينِ فَهما حُرَّانِ»، فاشترى أَمَةً حامِلًا لم يَعتِقا.

وكذا لو قال لأَمَتِهِ: «كلُّ مَملوكٍ لي غيرَكِ فهوَ حُرٌّ» لم يَعتِقْ حَمْلُها؛ لأنَّهُ لا يُسمَّى مَملوكًا على الإطلاقِ، فإنْ كانتِ الأَمَةُ في مِلكِهِ تَعتِقُ الأمُّ والولدُ جَميعًا، لكنَّ الولدَ يَعتِقُ بِحُكمِ التَّبَعِيَّةِ، لا بِحكمِ اليمينِ، فإنْ عَنَى بهِ الذكورَ دُونَ الإناثِ لم يُدَيَّنْ في

(١) العبد القن في اللغة: الذي مُلِك هو وأبواه، قال الأصمعي: القن الذي كان أبوه مملوكًا لمواليه، فإذا لم يكن كذلك فهو عبد مملكة، والقن في الشرع: هو المملوك كُلًّا ولايكون مدبَّرًا ولا مكاتبًا ولا أمَّ ولدٍ، انظر «لسان العرب» (قنن).

القضاءِ، ويُدَيَّنُ فِيما بينَهُ وبينَ اللهِ تعالى؛ لأنَّهُ نَوى تَخصِيصَ كَلامِهِ.

ولو نَوى في قولِهِ: «كلُّ مَملوكٍ أَملِكُهُ»، الاستقبالَ دُونَ الحالِ، فإنَّهُ يَقعُ على ما في مِلكِهِ، وعلى ما يَملِكُهُ في المستقبلِ جَميعًا؛ لأنَّ اللفظَ ظاهِرٌ في العُرفِ للحالِ، فلا يُصدَّقُ في صرفِ الكلامِ عنهُ، ويَقَعُ العِتقُ على ما سيَملِكُهُ بإقرارِهِ بالعِتْقِ فيما هوَ مِلكُهُ.

ولو قال: «كلُّ مَملوكٍ أملكُهُ اليومَ»، ولهُ مَملوكٌ، واستفادَ في ذلكَ اليومِ مَماليكَ، عَتَقَ الكلُّ.

وكذلكَ إذا قال: «هـذا الشهرَ وهـذه السنـةَ»؛ لأنَّ التوقيتَ دَلالـةٌ على اشتمالِ اليمينِ على مَنْ يَملِكُهُ في المُدَّةِ فَعَتَقُوا جَميعًا، فإنْ قال: «عَنَيتُ أحدَ الصِّنفَينِ دونَ الآخرِ»، دُيِّنَ فيما بينَهُ وبينَ اللهِ تعالى دُونَ القضاءِ؛ لأنَّهُ ادَّعى تَخصِيصَ العُمومِ.

ولو قال: «كلُّ مَملوكٍ أَملِكُهُ الساعةَ فهوَ حُرٌّ»، فهذا على ما في مِلكِهِ تلكَ الساعةَ دُونَ غيرِها، ولا يَعتِقُ ما يَستفِيدُ المِلكَ في ساعتِهِ تلكَ؛ لأنَّ المُرادَ بقولِهِ: «الساعةَ»، هو الحالُ في العُرفِ دُونَ الساعةِ التي عندَ المُنجِّمِينَ، فكان المرادُ بهِ ما كانَ في مِلْكِهِ في الحالِ التي حَلَفَ، فإنْ قال: «أردتُ مَنْ أَستفيدُ المِلكَ فِيهِ في هذهِ الساعةِ» فقدْ نَوى ما يَحتَمِلُهُ كَلامُهُ، وهوَ الساعةُ الزمانيةُ، وفيهِ تَشديدٌ على نفسِهِ، فيُصدَّقُ في دُخولِ ذلكَ في يمينِهِ، ولا يُصدَّقُ في صرفِ العِتقِ عمَّنْ كانَ في مِلكِهِ.

ولو قال: «كلُّ مَملوكٍ أَملِكُهُ غدًا فهو حرٌّ»، ولا نِيَّةَ لهُ، قال محمدٌ في «الجامعِ»[1]: إنَّهُ يَدخُلُ فيهِ مَنْ كانَ في مِلكِهِ اليومَ، ودامَ إلى الغَدِ، ومَنِ استفادَ مِلكَهُ في الغدِ أيضًا، وهوَ قولُ محمدٍ، واعتبرَ جانبَ الحالِ، كأنَّهُ قال: «كلُّ مَملوكٍ أنا مَالِكُهُ غدًا فهوَ حرٌّ».

---

(١) انظر «الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير» (١/ ٢٤٩).

وقال أبو يوسفَ: يَعتِقُ ما يَملِكُهُ في الغدِ دونَ ما جاءَ الغدُ وهوَ في مِلكِهِ، واعتَبرَ جانبَ الاستقبالِ؛ لوجودِ الإضافةِ إلى زمانٍ مُستقبَلٍ.

وعلى هذا الخلافِ إذا قال: «كلُّ مَملوكٍ أملِكُهُ رأسَ الشهرِ...».

وأجمعُوا أنَّهُ إذا قالَ: «كلُّ مَملوكٍ أَملِكُه إذا جاءَ غَدٌ فهوَ حرٌّ»، أنَّهُ على ما هو في مِلكِهِ غدًا؛ لأنَّ مَجيءَ الغدِ شَرطٌ.

ومَنْ أَضافَ العِتقَ إلى شرطٍ، يَدخلُ في العِتقِ ما كانَ مَملوكَهُ يومَ الحَلِفِ دونَ ما يَستفيدُ.

ولو قال: «كلُّ مَملوكٍ أَملِكُهُ إلى سنةٍ أو إلى ثَلاثِينَ سنةً...»، فإنَّهُ يَقعُ على ما يُستقبَلُ بلا خِلافٍ، وأَوَّلُها مِنْ حينِ الحَلِفِ بعدَ سُكونِهِ؛ لأنَّهُ خاصٌّ للاستقبالِ بدلالةِ العادةِ.

وكذلكَ لو قال: «كلُّ مَملوكٍ أَملِكُهُ ثَلاثينَ سنةً»، أو «أَملِكُهُ سنةً»، أو «أَملِكُهُ أبدًا»، أو «إلى أنْ أَموتَ...»، فإنَّهُ يَدخلُ فيهِ ما يَستأنِفُ فيهِ المِلكَ دُونَ ما كان في مِلكِهِ.

فإنْ قالَ: «أَردتُ بقَولي: كلُّ مَملوكٍ أَملِكُهُ سنةً أنْ يكونَ في مِلكِي سنةً مِنْ يومِ حَلَفتُ» دُيِّنَ فيما بينَهُ وبينَ اللهِ تعالى، ولم يُدَيَّنْ في القضاءِ؛ لأنَّ الظاهرَ أنَّ هذا الكلامَ يُرادُ بِهِ الاستقبالُ، فلا يُصدَّقُ على خِلافِ الظاهرِ في القضاءِ.

ولو قال لعبدِهِ: «إنْ دَخلتَ الدارَ فأنتَ حرٌّ»، فباعَهُ، فدخلَ الدارَ، ثُم اشتراهُ، فدخلَ الدارَ ثانيًا لم يَعتِقْ، وإنْ لم يَدخُلِ الدارَ بعدَ البيعِ عَتَقَ؛ لأنَّ بالبيعِ لا يَزولُ اليمينُ؛ لأنَّ بقاءَ المِلكِ ليسَ بشرطٍ لبقاءِ اليمينِ، وإذا بقيتِ اليمينُ، فإذا اشتراهُ ودَخلَ فوُجِدَ الشَّرطُ، والعبدُ في مِلكِهِ يَعتِقُ، فأمَّا إذا دَخلَ بعدَ البيعِ تَنحَلُّ اليمينُ لا إلى جزاءٍ؛ لوجودِ شرطِ الحِنثِ، فإذا دَخلَ بعدما مَلَكَهُ ثانيًا فقدْ وُجِدَ الشَّرطُ، ولا يمينَ، فلا يَثبُتُ به العِتقُ.

ولو قال لعبدِهِ: «إنْ دَخلتَ هاتَينِ الدارينِ فأنتَ حرٌّ»، فباعَهُ، فدخلَ إحداهما، ثم اشتراهُ، فدخلَ الأُخرى عَتَقَ؛ لأنَّ العِتقَ مُعلَّقٌ بدخولِ الدارينِ، فإنَّما يَنزِلُ عندَ دُخولِ الأخيرةِ، فيُشترطُ قِيامُ المِلكِ عندَهُ؛ لأنَّهُ حالُ نُزولِ الجزاءِ، والمِلكُ كانَ مَوجُودًا عندَ اليمينِ، وحالُ دُخولِ الدارِ الأُولى ليستْ حالَ انعقادِ اليمينِ، ولا حالَ نزولِ الجزاءِ، فلا يُشترطُ فيهِ المِلكُ، واللهُ أعلم.

❁ ❁ ❁

باب أمّ الولد

نَحتاجُ في البابِ إلى تفسيرِ الاستيلادِ، وإلى بيانِ حُكمِ أمِّ الولدِ.

أمَّا الأوَّلُ فنقولُ: أمُّ الولدِ كلُّ مَملوكةٍ ثَبَتَ نَسبُ وَلدِها مِنْ مالِكٍ لَها، أو مَالِكٍ لبَعضِها، فإنَّ المملوكةَ إذا جاءتْ بولدٍ، وادَّعاهُ المالكُ يَثبتُ نسبُهُ، وتَصيرُ الجاريةُ أمَّ وَلدٍ لهُ.

وإذا كانتْ مُشتركةً فجاءتْ بولدٍ فادَّعاهُ أحدُهما يَثبتُ النسبُ منهُ، وتَصيرُ الجاريةُ كلُّها أمَّ ولدٍ لهُ، ويَضمنُ قِيمةَ نَصيبِ شريكِهِ، ويضمنُ نصفَ العُقرِ، ويكونُ الولدُ حرًّا، وإنِ ادَّعاهُ الآخرُ يَثبتُ النسبُ مِنهُما جَميعًا، وتَصيرُ الجاريةُ أمَّ ولدٍ لَهما.

وكذلكَ لو ثَبتَ نَسبُ ولدِ مَملوكةٍ مِنْ غيرِ سيِّدِها، بنكاحٍ أو وطءِ شُبهةٍ، ثُم مَلَكَها، فهي أمُّ وَلدٍ لهُ مِنْ حِينِ مَلَكَها، لا مِنْ وَقتِ العُلوقِ، وهذا عندَنا.

وعندَ الشافعيِّ لا تَصيرُ الجاريةُ أمَّ ولَدٍ لهُ[1].

وأَجمَعُوا على أنَّهُ إذا مَلكَ الولَدَ يَعتِقُ عليهِ، وهي مِنْ مَسائِلِ الخلافِ.

ثُم الولدُ سواءٌ كانَ حيًّا أو مَيتًا، أو سِقْطًا قدِ استبانَ خَلْقُهُ أو بعضُ خَلْقِهِ، إذا أَقرَّ بِهِ فهوَ بمنزلةِ الولَدِ الكامِلِ الحيِّ في صَيرورةِ الجاريةِ أمَّ ولَدٍ لهُ؛ لأنَّ الولَدَ الميْتَ يُسمَّى ولدًا لهُ، وتُعلَّقُ بهِ أحكامٌ كثيرةٌ.

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (٦/ ٦٨)، و التنبيه في الفقه الشافعي (١٤٨)، ونهاية المطلب في دراية المذهب (١٩/ ٤٢٨).

وإنْ لم يَستبِنْ خَلقُهُ، وادَّعاه المَولى، لا تكونُ أمَّ ولدٍ لهُ؛ لأنَّ هذا لا يُسمَّى وَلدًا، ويجوزُ أنْ يكون لَحمًا أو دمًا غَليظًا(١).

ورُوِيَ عن أبي يوسفَ أنَّ المَولى إذا قال: «حَمْلُ هذهِ الجاريةِ منِّي»، أو قال: «هيَ حُبلى مِنِّي»، أو «ما في بَطنِها مِنْ ولدٍ فهوَ منِّي»، يَثبُتُ النَّسبُ، وتصيرُ أمَّ ولدٍ لهُ.

ولوَ قالَ هكذا، ثُم قال بعد ذلكَ: «لم تكنْ حامِلًا وإنَّما كانَ رِيحًا»، وصَدَّقَتْهُ الأَمَةُ فهي أمُّ ولدٍ لهُ؛ لأنَّ هذا إقرارٌ بِكَونِ الولدِ مِنهُ، فلا يَصِحُّ رُجوعُهُ، ولا يُعتبَرُ تَصدِيقُها في حقِّ الولَدِ.

وأمَّا حُكْمُ أمِّ الولدِ: أنَّهُ لا يجوزُ إخراجُها عن مِلكِهِ بوجهٍ مِنَ الوُجوهِ، ولا يَجوزُ فِيها تَصرُّفٌ يُفضِي إلى بُطلانِ حقِّها مِنْ حقِّ الحريةِ، ويجوزُ اعتاقُها وتدبيرُها وكتابَتُها؛ لِما فيه مِنْ إيصالِ حقِّها إليها مُعجَّلًا، ويجوزُ استخدامُها، ووطؤُها وإجارَتُها؛ لأنَّها باقيةٌ على مِلكِه، وهذا قولُ عامَّةِ العلماءِ، خِلافًا لأصحابِ الظواهرِ.

وإذا جاءتْ أمُّ الولَدِ بولَدٍ، فإنَّهُ يَثبتُ نَسَبُهُ مِنْ غيرِ دَعواهُ؛ لأنَّها صارَتْ فِراشًا للمَولى، إلا أنَّهُ ينتَفي بمُجرَّد النَّفي، بخِلافِ فِراشِ النكاح، فإنَّه لا ينتَفي إلا باللِّعانِ.

وإذا زَوَّجَ أمَّ الولَدِ، فجاءتْ بوَلَدٍ لستةِ أشهرٍ فصاعدًا فهوَ ابنُ الزوجِ؛ لأنَّ فِراشَ المَولى زالَ بالتزويجِ، فإنِ ادَّعى المَولى نَسبَ هذا الولدِ لم يَثبتْ نَسبُهُ مِنهُ؛ لأنَّ الفِراشَ الظاهرَ لغيرِهِ، ولكنْ يَعتِقُ عليهِ؛ لأنَّهُ أَقرَّ على نفسِهِ، وهو مُحتمِلٌ، ويَستوِي الجوابُ فيما إذا كانَ النِّكاحُ فاسدًا، ووَطِئَها الزوجُ، أو جائزًا؛ لأنَّ المرأةَ تَصيرُ فِراشًا بالنِّكاحِ الفاسدِ.

---

(١) في «ز»: (عبيطًا).

ولو زالَ مِلكُ المَولى عنها بموتِهِ حَقيقيةً، أو حُكمًا بالرِّدَّةِ، واللُّحوقِ بدارِ الحربِ، وهيَ حَيَّةٌ، تَعتِقُ مِنْ جَميعِ المالِ، ولا تَسعى للوارثِ ولا للغريمِ، بخِلافِ المُدبَّرِ فإنَّهُ يَعتِقُ مِنَ الثُّلُثِ.

ويجبُ على أمِّ الولدِ بعدَ الموتِ أنْ تَعتدَّ بثلاثةِ أقراءٍ، وكذلكَ لو أعتَقَها في حالِ الحياةِ على ما مرَّ.

وحُكمُ وَلَدِ أمِّ الولَدِ حُكمُ الأمِّ؛ لأنَّهُ تابعٌ للأمِّ حالةَ الوِلادةِ.

ثُم أمُّ الولَدِ لا تُضْمَنُ عندَ أبي حنيفةَ بالغَصْبِ، ولا بالقَبْضِ في البيعِ الفاسدِ، ولا بالإعتاقِ بأنْ كانتْ أمَّ ولدٍ بينَ رَجلينِ، فأعتَقَها أحدُهما لم يَضمَنِ المُعتِقُ لشريكِهِ، ولم تَسْعَ أيضًا في شيءٍ.

وقال أبو يوسفَ ومحمدٌ: يَضمَنُ في ذلكَ كلِّهُ كالمدبَّرةِ والأَمَةِ.

ولَقَبُ المسألةِ: أنَّ أمَّ الولدِ غيرُ مُتَقَوِّمةٍ مِنْ حيثُ إنَّها مالٌ عندَ أبي حنيفةَ، خِلافًا لَهما.

وأجمَعُوا أنَّ المُدبَّرَ مُتقَوِّمٌ، ورُوِيَ عن محمدٍ في «الإملاءِ» أنَّهُ قال: إنَّ أمَّ الولدِ تُضمَنُ في الغَصْبِ عندَ أبي حنيفةَ بما يُضمَنُ بِهِ الصَّبيُّ الحرُّ إذا غُصبَ، أرادَ بهذا أنَّها إذا ماتَتْ مِنْ سببٍ حادثٍ مِنْ جهةِ الغاصِبِ، بأنْ ذَهبَ بها إلى طريقٍ فيها سِباعٌ فأتلَفَها ونحوَ ذلكَ.

وأجمَعُوا أنَّها تُضمَنُ بالقتلِ؛ لأنَّ دمَها مُتَقَوِّمٌ، وضمانُ القتلِ ضمانُ دَمٍ، وهيَ مِنْ مسائلِ الخلافِ، واللهُ أعلم.

❁ ❁ ❁

بابُ المدبر

فِي البابِ فَصلانِ: فِي بيانِ المُدَبَّرِ، وبيانِ حُكمِهِ.

أمَّا الأَوَّلُ فنقولُ: المُدبَّرُ نَوعانِ: مُطلَقٌ ومُقيَّدٌ.

ـ فالمُطلقُ: مَنْ تَعلَّقَ عِتقُهُ بموتِ المَولى مُطلَقًا، مِنْ غيرِ قيدِ الموتِ بصفةٍ ولا بشرطٍ آخرَ سِوى الموتِ.

ـ والمُقيَّدُ نَوعانِ:

أحدُهما: أن يكونَ عِتقُهُ مُعلَّقًا بموتِ مَوصوفٍ بصفةٍ، بأنْ قال: «إنْ مِتُّ مِنْ مَرَضِي هذا، أو مِنْ سَفَرِي هذا...».

والثاني: أنْ يَكونَ مُعلَّقًا بموتِهِ وبشرطٍ آخرَ سِواهُ.

ثُم التدبيرُ المُطلَقُ لهُ ثلاثةُ أنواعٍ مِنَ الألفاظِ:

أحدُها: صريحُ اللفظِ مثلُ أنْ يقولَ: «دَبَّرتُكَ»، أو «أنتَ مُدبَّرٌ»، وروى هشامٌ عن محمدٍ إذا قال لعبدِهِ: «أنتَ مُدبَّرٌ بعدَ مَوتِي» أنَّه يَصيرُ مُدبَّرًا للحالِ؛ لأنَّ المُدبَّرَ اسمٌ لِمنْ يَعتِقُ عليهِ عن دُبُرِ مَوتِهِ، فقولُه: «أنتَ مُدبَّرٌ بعدَ مَوتِي»، و«أنتَ حُرٌّ بعدَ مَوتِي» سواءٌ.

وكذلكَ إذا قالَ: «أعتقتُكَ بعدَ مَوتِي»، أو «أنتَ حُرٌّ بعدَ مَوتِي»، أو «أنتَ حُرٌّ عن دُبُرِ مَوتِي».

والثاني: بلفظةِ اليمينِ[(١)]، بأنْ قال: «إنْ مِتُّ فأنتَ حُرٌّ»، و«إنْ حَدَثَ لي حَدَثٌ فأنتَ حُرٌّ»، ونحوَ ذلكَ.

والثالثُ: لفظةُ الوصيةِ، بأنْ قال: «أوصيتُ لكَ برقبَتِكَ»، أو أَوصَى لهُ بثُلثِ مالِهِ، فتدخلُ فيهِ رقبتُهُ أو بعضُ رقبتِهِ؛ لأنَّ الإيصاءَ للعبدِ برقبتِهِ إزالةُ مِلكِهِ عن رَقَبَتِهِ؛ لأنَّه لا يَثبتُ له المِلكُ في رَقَبَتِهِ، كبيعِ نفسِ العبدِ منهُ إعتاقٌ، فيصيرُ كأنَّهُ قال: «أنتَ حُرٌّ بعدَ مَوتي».

وأمَّا حُكمُ المُدبَّرِ المُطلَقِ: أنَّهُ يَعتِقُ في آخرِ جزءٍ منْ أجزاءِ حياتِهِ، إنْ كانَ يَخرُجُ مِنَ الثُّلُثِ، وإن لم يَخرجْ يَعتِقُ ثُلُثُهُ، ويَسعَى في ثُلُثَيهِ، وكذلكَ الجوابُ في المُدبَّرِ المُقيَّدِ، أنَّه يَعتِقُ مِنَ الثُّلُثِ.

وأمَّا حُكمُهُ في حالةِ الحياةِ: أنَّهُ يَثبتُ لهُ حقُّ الحريةِ، أو الحريةُ مِنْ وجهٍ، فلا يجوزُ إخراجُهُ عن مِلكِهِ إلا بالإعتاقِ أو بالكتابةِ، ولا يجوزُ فيهِ تَصرُّفٌ يُبطِلُ حقَّهُ، أمَّا ما لا يُبطِلُ حقَّهُ فيجوزُ، ولهذا لا يجوزُ رَهنُ المُدَبَّرِ؛ لأنَّ فيهِ نَقلَ المِلكِ في حق الحبسِ.

ولو زَوَّجَ المُدبَّرَ[(٢)] جازَ، وكذلكَ لو أَجَّرَهُ؛ لأنَّ هذا تصرفٌ في المنفعةِ، وكذا أَكسابُ المُدبَّرِ والمُدبرَّةِ، ومَهرُها، وأَرشُها للمَولى؛ لأنَّ المُدبَّرَ باقٍ على مِلكِهِ.

ووَلَدُ المُدبَّرِ المُطلَقِ حُكمُهُ حُكمُ أُمِّهِ، يَعتِقُ بمَوتِ المَولى، وهذا كلُّه مذهبُنا، وقال الشافعيُّ: يجوزُ بيعُ المُدبَّرِ المُطلَقِ[(٣)]، والمسألةُ معروفةٌ.

---

(١) يسمى التعليق بشرطٍ يمينًا في عرف الفقهاء؛ لأنه يراد به التأكيد والتوثيق كاليمين.

(٢) في «س»: (المدبرة).

(٣) انظر: الحاوي الكبير (١٨/ ١٠٢)، وحلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٤/ ٦٥)، والتهذيب في فقه الإمام الشافعي (٨/ ٤١٠).

وأمَّا حُكمُ المُدبَّرِ المُقيَّدِ في حالِ الحياةِ: فإنَّهُ لا يكونُ مُدبَّرًا حقيقةً للحالِ، حتى تَجوزُ جَميعُ التَّصرُّفاتِ فيهِ.

وأمَّا حُكمُهُ بعدَ المَوتِ: فالذي عُلِّقَ عِتقُهُ بموتٍ مَوصُوفٍ بصفةٍ بأنْ قال: «إنْ مِتُّ مِنْ مَرَضي هذا»، أو «سَفَري هذا»، أو «إنْ قُتِلتُ»، أو «غَرِقْتُ»، فإنَّهُ إذا ماتَ مِنْ غيرِ ذلكَ الوجهِ لا يَعتِقُ؛ لأنَّهُ لم يُوجَدِ الشرطُ، وهوَ الموتُ بصفةٍ.

فإنْ ماتَ مِنْ مَرَضِهِ أو سَفَرِهِ، فإنَّهُ يَعتِقُ في آخرِ جزءٍ مِنْ أجزاءِ حياتِهِ، ولا يَحتاجُ إلى إعتاقِ الورثةِ؛ لأنَّهُ لم يَتأخَّرْ عِتقُهُ عن الموتِ.

فأمَّا إذا أَخَّرَ عِتقَهُ عن الموتِ، بأنْ قال: «أنتَ حُرٌّ بعدَ مَوتي بساعةٍ»، أو «بيومٍ»، أو «بشهرٍ»، ونحوِهِ، فإنَّه لا يَعتِقُ بالموتِ؛ لأنَّهُ أَخَّرَ عِتقَهُ عن الموتِ إلى وقتٍ، فيكونُ مُضافًا إلى الوقتِ، فإذا جاءَ الوقتُ لا يَعتِقُ، ولكنْ يُعتِقُهُ الوصيُّ أو الوارثُ أو القاضي؛ لأنَّ هذا وَصيةٌ بالإعتاقِ؛ لأنَّ الميْتَ لا يكونُ مِنْ أهلِ الإعتاقِ.

وكذلكَ الجَوابُ في المُدبَّرِ الذي عَلَّقَ عِتقَهُ بموتِهِ وبشرطٍ آخرَ، بأنْ قال: «أنتَ حُرٌّ بعدَ موتي وموتِ فلانٍ»، أو «إنْ مِتُّ أنا وفلانٌ فأنت حُرٌّ»، أو قال: «إنْ مِتُّ ودَخلتَ الدارَ...»، و«إنْ كَلَّمتَ فُلانًا فأنتَ حرٌّ بعدَ مَوتي»، فإنْ وُجِدَ الشرطُ قَبلَ الموتِ بأنْ ماتَ فُلانٌ، أو كَلَّمَ فلانًا صارَ مُدبَّرًا مُطلَقًا؛ لأنَّهُ بَقِيَ عِتقُهُ مُعلَّقًا بالموتِ لا غيرَ.

وأمَّا إذا ماتَ هوَ أوَّلًا، ثُم ماتَ فلانٌ، فإنَّهُ لا يَعتِقُ.

وكذلكَ إذا ماتَ ثُم دَخلَ العبدُ الدارَ، فإنَّهُ لا يَعتِقُ؛ لأنَّهُ لم يوجدِ الشَّرطانِ.

وأمَّا إذا وُجِدَ موتُ فلانٍ، أو دُخولُ الدارِ فكذلكَ؛ لأنَّ المَولى خرجَ مِنْ أنْ يَكونَ مِنْ أهلِ الإعتاقِ بالموتِ، ولكنْ يُجعَلُ هذا وصيةً بالإعتاقِ، فينبغي للموصي أنْ يُعتِقَهُ.

وما عرفتَ مِنَ الجوابِ في المُدبَّرِ في الموتِ الحقيقيِّ، فهوَ الجوابُ في الموتِ الحُكميِّ، وذلكَ نحوَ: أنْ يرتَدَّ المَولى ويَلحَقَ بدارِ الحربِ، وقَضَى القاضي بِلَحاقِهِ؛ لأنَّ المُرتدَّ حُكمُهُ حُكمُ الميتِ في الأحكامِ.

❁ ❁ ❁

باب الكتابة

نَحتاجُ في البابِ إلى تَفسيرِ الكتابةِ، وإلى بيانِ حُكمِها.

أَمَّا الأَوَّلُ فنقولُ: الكتابةُ عَقدٌ مَشروعٌ مَندوبٌ إليهِ؛ لأَنَّهُ سَبَبٌ للعِتقِ، قالَ اللهُ تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمۡ إِنۡ عَلِمۡتُمۡ فِيهِمۡ خَيۡرٗا﴾ [النور: ٣٣].

ثُم الكتابةُ نَوعانِ: حَالَّةٌ ومُؤَجَّلةٌ.

أَمَّا الكتابةُ الحالَّةُ فجائزةٌ عندَنا، وعندَ الشافعيِّ لا تَجوزُ[١]، على عكسِ السَّلَمِ، فالسَّلَمُ الحالُّ لا يَجوزُ عندَنا، وعندَ الشافعيِّ جائزٌ[٢].

وأَمَّا الكتابةُ المؤجَّلةُ فجائزةٌ بلا خِلافٍ، وتفسيرُها: أنْ يقولَ الرَّجُلُ لعبدِهِ: «كاتَبتُكَ على ألفِ دِرهمٍ على أن تُؤَدِّيَ إليَّ كلَّ شهرٍ كذا، على أنَّكَ إنْ أدَّيتَ فأنتَ حُرٌّ»، وكذا إذا قال: «إذا أدَّيتَ إليَّ ألفَ دِرهمٍ كلَّ شهرٍ منهُ كذا فأنتَ حُرٌّ»، وقَبِلَ العبدُ، فإنَّهُ يكونُ كتابةً؛ لأنَّ معنى الكتابةِ ليسَ إلا الإعتاقُ على مالٍ مُؤجَّلٍ مُنجَّمٍ بنُجومٍ مَعلومةٍ.

ولكنْ إنَّما يَجوزُ إذا قَبِلَ بدلَ الكتابةِ؛ لأنَّهُ عقدُ مُعاوَضةٍ، فلا بدَّ مِنَ الإيجابِ والقَبولِ. وكذلكَ لو قالَ: «كاتَبتُكَ على ألفِ دِرهمٍ»، ونجَّمَهُ، وسمَّى النجومَ، وقَبِلَ العبدُ،

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (١٨/ ١٤٦)، و نهاية المطلب في دراية المذهب (١٩/ ٣٤٢).

(٢) انظر: الحاوي الكبير (٥/ ٣٩٥)، ونهاية المطلب في دراية المذهب (٦/ ١٩)، وحلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٤/ ٣٥٩).

فإنَّهُ يكونُ كتابةً، وإنْ لم يُعلِّقِ العِتقَ بالأداءِ، ولم يقلْ: «على أنَّكَ إنْ أدَّيتَ إليَّ ألفًا فأنتَ حُرٌّ»؛ لأنَّهُ عقدُ معاوضةٍ، فيَعتِقُ بحُكمِ المعاوضةِ لا بحُكمِ الشرطِ.

وعلى قولِ الشافعيِّ لا بدَّ مِنْ ذِكرِ التعليقِ بشرطِ الأداءِ، ولهذا إنَّهُ لو أبرأَ المُكاتَبَ عن بَدلِ الكتابةِ يَعتِقُ، ولو كانَ مُعلَّقًا بالأداءِ لا يَعتِقُ بدونِ الشرطِ.[1]

وأمَّا حُكمُ الكتابةِ فنقولُ:

أمَّا حُكمُها قَبلَ أداءِ المكاتَبةِ أنْ يكونَ أحقَّ بمَنافِعِهِ ومَكاسِبِهِ، ويَبقى على مِلكِ المَولى، حتى لو أَعتقَ عن كفَّارةِ يَمينِهِ جازَ عندَنا خِلافًا للشافعيِّ، وهيَ مسألةُ كتابِ الأيمانِ.

وأَجمَعُوا على أنَّه لو أَدَّى بعضَ بَدَلِ الكتابةِ فأَعتَقَهُ عن الكفَّارةِ لا يَجوزُ؛ لأنَّهُ يصيرُ في معنى الإعتاقِ على عِوضٍ مِنْ وَجهٍ ولو أرادَ المَولى أنْ يمنَعَهُ مِنَ الكَسبِ ليسَ لهُ ذلكَ؛ لأنَّ الكَسبَ حقُّ المكاتَبِ ولو تزوَّجَ لا يجوزُ؛ لأنَّهُ ليسَ مِنْ بابِ الكَسبِ، وفيهِ ضررٌ بالمَولى بلُزومِ المهرِ في رَقَبَتِهِ ولا يَجوزُ فيهِ تَصرُّفٌ يُفضِي إلى إبطالِ حقِّ المكاتَبِ، مِنَ البيعِ والشراءِ والإجارةِ والرهنِ ونحوِها، فلا يجوزُ فيهِ إلا الإعتاقُ والتدبيرُ؛ لأنَّ فيهِ منفعةً لهُ.

ثُم عَقدُ الكتابةِ لازمٌ في حقِّ المَولى، حتى لا يملكُ فَسخَهُ إلا بِرضى المُكاتَبِ، وغيرُ لازمٍ في حقِّ المُكاتِبِ، حتى إنَّ لهُ أنْ يُعجِزَ نفسَهُ، فيُفسخَ عقدُ الكتابةِ بدونِ رضا المَولى، إلا أنَّهُ إذا أَخَلَ بنَجمٍ فلم يُؤدِّ، وعَجَزَ عنهُ، فللمَولى أنْ يفسخَ العقدَ، ورُوِي عن أبي يوسفَ أنَّهُ لا يَفسخُ ما لم يُخِلَّ بِنَجمَينِ؛ لأنَّهُ لو لم يَثبُتْ حقُّ الفسخِ عندَ الامتناعِ عنِ الأداءِ يَتضرَّرُ بهِ المَولى.

(١) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب (١٢/ ٣٤٤)، و روضة الطالبين وعمدة المفتين (٢١٧/١٢).

وأمَّا حُكمُ الأداءِ: فإنَّهُ إذا أدَّى البدلَ بتمامِهِ يَثبتُ العِتقُ؛ لأنَّهُ عَقدُ مُعاوَضةٍ، فمتى سَلَّمَ البدلَ يُسلَّمُ المُبدَلَ، وتكونُ أكسابُهُ وأولادُهُ سالمةً لهُ، فيَعتِقُ أولادُهُ بعِتقِهِ، وكذلكَ إذا أبرَأَهُ المَولى عنِ البَدَلِ؛ لأنَّهُ حقُّ المَولى، فيقدرُ على إسقاطِهِ عنهُ كما في سائرِ الدُّيونِ.

وإذا ماتَ المكاتَبُ، إنْ ماتَ عاجِزًا فإنَّه يَنفَسخُ عقدُ الكتابةِ؛ لأنَّهُ لا فائدةَ في بَقائِهِ، فأمَّا إذا ماتَ عن وفاءٍ، فإنه يُؤدَّى بَدَلُ كتابتِهِ مِنْ تَرِكَتِهِ، فيأخذُ المَولى فيَعتِقُ في آخرِ جُزءٍ مِنْ أجزاءِ حياتِهِ، ويَعتِقُ أولادُهُ، وما فَضَلَ مِنَ التَّركَةِ يكونُ مِيراثًا لورثَتِهِ الأحرارِ.

وكذلكَ إذا لم يَترُكْ وَفاءً ولكنْ تَرَكَ ولدًا مَولُودًا في الكتابةِ، فإنَّ الولَدَ يَقومُ مَقامَهُ في أداءِ البَدَلِ؛ لِكونِهِ مُكاتَبًا تَبعًا لهُ، فإذا عَجزَ الأصلُ قَامَ التَّبَعُ مَقامَهُ، وإذا أدَّى يَعتِقُ المُكاتَبُ وولدُهُ، وبينَ الفَصلَينِ فَرقٌ في حقِّ بعضِ الأحكامِ على ما يُعرَفُ في «الزياداتِ» إنْ شاءَ اللهُ تعالى.

ولو قال لعبدِهِ: «إذا أدَّيتَ إليَّ ألفًا فأنتَ حُرٌّ»، أو «إذا أدَّيتَ إليَّ قِيمتَكَ فأنتَ حُرٌّ»، فأدَّاهُ يَعتِقُ؛ لأنَّ العِتقَ مُعلَّقٌ بالأداءِ، وقدْ وُجِدَ شَرطُهُ، وقال الكَرخِيُّ: ولا يكونُ هذا كتابةً، وإنْ كانَ فيهِ معنى الكتابةِ مِنْ وَجهٍ، حتى إنَّ العبدَ إذا جاءَ بالبَدَلِ فإنَّهُ يُجبَرُ على قَبولِهِ، أي: يَصيرُ المَولى قابِضًا لهُ، كما في الكتابةِ.

وبيانُ التَّفرِقةِ بينَهما في مسائلَ:

فإنَّهُ إذا ماتَ العبدُ هاهنا قبلَ الأداءِ وتركَ مالًا، فالمالُ كلُّه للمَولى، ولا يُؤدَّى عنهُ فيَعتِقُ، بخلافِ الكتابةِ، وكذا لو ماتَ المَولى وفي يدِ العبدِ كَسْبٌ، فالعبدُ رَقيقٌ يُورَثُ عنهُ معَ أكسابِهِ، بخِلافِ الكتابةِ، ولو كانتْ هذهِ أمَةً فوَلَدَتْ، ثُم أدَّتْ لم يَعتِقْ وَلدُها، بخِلافِ المُكاتَبةِ إذا وَلدَتْ ثُم أدَّتْ فَعَتَقَتْ، يَعتِقُ وُلَدُها.

ولو قال العبدُ للمَولى: «حُطَّ عني مئةً»، فحَطَّ المَولى عنهُ، فأدَّى تسعَمئةٍ، أنَّهُ لا يَعتِقُ بخِلافِ الكتابةِ.

ولو أبرأَ المَولى العبدَ عن الألفِ لم يَعتِقْ، ولو أبرأَ المُكاتَبَ عن بَدلِ الكتابةِ يَعتِقُ.

ولو باعَ هذا العبدَ، ثُم اشتراهُ، وأدَّى إليهِ، يُجبَرُ على القَبولِ عندَ أبي يوسفَ، وقال محمدٌ في «الزياداتِ»: لا يُجبَرُ على قَبولِها، فإنْ قَبِلَها عَتَقَ.

وكذلكَ لو رُدَّ إليهِ بخِيارٍ أو بعَيبٍ، ولو باعَ المُكاتَبَ لا يَجوزُ إلا برِضاهُ، ومتى رَضِيَ تَنفَسِخُ الكتابةُ.

ذَكَرَ في «الأصل»[1]: إذا قالَ لعبدِهِ: «إنْ أدَّيتَ إليَّ ألفًا فأنتَ حرٌّ»، أنَّ ذلكَ يَقِفُ[2] على المَجلِسِ؛ لأنَّ العِتقَ مُعلَّقٌ باختيارِ العبدِ، كأنَّهُ قال: «أنتَ حرٌّ إنْ شِئتَ»، ورُوِيَ عن أبي يوسفَ أنَّهُ لا يَقِفُ على المَجلِسِ؛ لأنَّ العِتقَ مُعلَّقٌ بالشرطِ، فلا يَقِفُ على المَجلِسِ، كقولِهِ: «إنْ دَخلتَ الدارَ».

وأمَّا الإعتاقُ على مالٍ فهوَ خِلافُ الكتابةِ، وخِلافُ تَعليقِ العِتقِ بالأداءِ، فإنَّهُ إذا قال لعبدِهِ: «أنتَ حرٌّ على ألفِ دِرهمٍ»، فقَبِلَ العبدُ، فإنَّهُ يَعتِقُ مِنْ ساعتِهِ، ويكونُ البَدَلُ واجِبًا في ذِمَّتِهِ؛ لأنَّهُ أعتَقَهُ بعِوَضٍ، فمتى قَبِلَ يَزولُ المُعوَّضُ عن صاحبِهِ، كما في البيعِ.

وكذا إذا قال لعبدِهِ: «أنتَ حرٌّ على قِيمةِ رَقبتِكَ»، فقَبِلَ ذلكَ، فإنَّهُ يَعتِقُ.

وكذا لو أعتَقَهُ على مَكيلٍ، أو مَوزونٍ مَوصوفٍ في الذِّمَّةِ معلومِ الجنسِ يَجوزُ، فإنَّ هذا يَصلحُ عِوضًا في البيعِ.

ولو أعتقَ على عِوضٍ بِعينِهِ، وهو مِلكُ غيرِهِ، فإنَّهُ يَعتِقُ، فإنْ أجازَ المالِكُ يَستَحِقُّ

---

(١) انظر «الأصل المعروف بالمبسوط للشيباني» (٢/ ٤٤٧).

(٢) سقط من «ز» و«س»: (يقف).

عينَهُ، وإنْ لم يُجِزْ يَجبُ على العبدِ قيمةَ رَقَبَتِهِ.

وكذلكَ لو أَعتَقَ على عِوَضٍ[1] بغيرِ عَينِهِ مَعلومِ الجنسِ جازَ، فإنْ كانَ مَوصُوفًا فعَليهِ تَسليمُهُ، وإنْ لم يكنْ مَوصُوفًا فعليهِ الوَسَطُ مِنْ ذلكَ، وإنْ جاءَ بالقيمةِ أُجبِرَ المَولى على القَبولِ كما في المَهرِ.

ولو أَعتَقَهُ على مَجهولِ الجنسِ، بأنْ قالَ: «أنتَ حُرٌّ على ثوبٍ»، يَعتِقُ، وتَلزَمُهُ قيمةُ نفسِهِ؛ لأنَّ جَهالةَ الجِنْسِ تَمنَعُ صِحَّةَ البَدَلِ كما في المَهرِ، فلو أدَّى إليهِ العِوَضَ فاستُحِقَّ مِنْ يَدِ المَولى، إنْ كانَ بغيرِ عَينِهِ في العَقدِ، فعلى العبدِ مِثلُهُ؛ لأنَّهُ لم يَعجزْ عنِ الذي هوَ مُوجِبُ العَقدِ.

وإنْ كانَ عَينًا في العَقدِ، وهوَ عَرَضٌ أو حَيَوانٌ، فإنَّهُ يَرجعُ على العبدِ بقيمةِ نفسِهِ عندَ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ، وقال محمدٌ: يَرجعُ بقيمةِ المُستَحَقِّ.

وعلى هذا الخلافِ إذا باعَ نفسَ العبدِ منهُ بجاريةٍ، ثُم استُحِقَّتِ الجاريةُ، أو هَلَكَتْ قَبلَ التَّسليمِ، فعندَهما يَرجِعُ بقيمةِ العبدِ، وعندَهُ يَرجِعُ بقيمةِ الجاريةِ، وهي مَذكورةٌ في الخِلافيَّاتِ، واللهُ تعالى أعلم.

❁ ❁ ❁

---

(١) في «ز»: (عرض).

باب ولاء العتاقة

الوَلاءُ يَثبتُ للمُعتِقِ بالإعتاقِ شَرعًا دونَ المُعتَقِ، وأصلُهُ ما رُوِيَ أنَّ رَجُلًا سأَلَ النبيَّ ﷺ فقال: إنِّي اشترَيتُ عَبدًا، فأَعتَقْتُهُ، فقالَ ﷺ: «إنْ شَكَرَكَ فَهُوَ خيرٌ لَهُ، وشَرٌّ لَكَ، وإنْ كَفَرَكَ فَهُوَ شَرٌّ لَهُ، وخَيرٌ لَكَ، هُوَ أَخُوكَ وَمَولاكَ، وإنْ ماتَ ولم يَترِكْ وَارِثًا، كُنْتَ أَنْتَ عَصَبَتَهُ»(١).

ثُم الوَلاءُ يَثبتُ بِهِ الإرثُ والعَقلُ ووِلايةُ النِّكاحِ، قال ﷺ: «الوَلاءُ لُحمةٌ كَلُحمَةِ النَّسَبِ، لا يُبَاعُ، وَلا يُوهَبُ، وَلا يُورَثُ»(٢).

ثُم الوَلاءُ كَما يَثبُتُ بِحَقِيقَةِ الإعتاقِ، يَثبُتُ أيضًا بِحَقِّ العِتقِ، فإنَّ وَلاءَ المُدَبَّرِ يَثبتُ بالتَّدبيرِ لمُدَبِّرِهِ، ولا يَنتَقِلُ عنهُ، وإنْ عَتَقَ مِنْ جِهةِ غيرِهِ؛ لأنَّ الوَلاءَ قدْ يَثبتُ بِحَقِّ الحرِّيَّةِ للمُدَبَّرِ، والوَلاءُ لا يَحتَمِلُ الفَسخَ، فلا يَتَحَوَّلُ عَنهُ.

وصورةُ المَسألةِ: أنَّ مُدَبَّرةً بينَ شَرِيكَينِ جاءتْ بولَدٍ، فادَّعاهُ أَحدُهُما، يَثبتُ نَسَبُهُ منهُ، ويَعتِقُ عليهِ، وغُرِّمَ نَصِيبَ شَريكَهُ منهُ، والوَلاءُ بينَهما، وكذلِكَ مُدبَّرٌ بينَ شريكَينِ أَعتَقَهُ أَحدُهما وهوَ مُوسِرٌ فضَمِنَ، عَتَقَ بالضمانِ، ولم يَتَغيَّرِ الوَلاءُ عنِ الشرِكَةِ عندَ أبي حنيفةَ، وعندَهما إذا أَعْتَقَ أَحدُهُما نَصيبَهُ عَتَقَ جَميعُهُ، والوَلاءُ بينَهما.

---

(١) أخرجه الدارميُّ (٣٠٥٥)، والبيهقي في «الكبرى» (١٢٣٨٢) وأعلَّه بالإرسال، وله متابعٌ أخرجه عبد الرزاق مرفوعـًا في «المصنف» (١٦٢١٤)، قال العينيُّ: «هذا الحديث مرسلٌ من مراسيل الحسن البصري الصحيحة، وهي مقبولة عندنا؛ يُعمل بها»، انظر: «البدر المنير» (٧/ ٢١٩)، «البناية» (١١/ ٢١).

(٢) أخرجه الإمامُ الشافعيُّ في «مسنده» (٢٣٧)، وابنُ حبان في «صحيحه» (٤٩٥٠)، والحاكم في «المستدرك» (٧٩٩٠) عن ابن عمر رضي الله عنهما، وقال الحاكم: «صحيح الإسناد».

ثُم الوَلاءُ يَثبتُ لكلِّ مُعتِقٍ بأيِّ وَجهٍ حَصَلَ العِتقُ، سواءٌ كانَ المُعتِقُ رَجُلًا أو امرأةً، مُسلمًا أو كافرًا، إلَّا أنَّ الكافرَ لا يَرِثُ المسلمَ لِكفرِهِ، حتى لو أَسلمَ يَرِثُ بالوَلاءِ الذي يَثبتُ لهُ بالإعتاقِ، وقال ﷺ: «لَيسَ للنِّساءِ مِنَ الوَلَاءِ إلَّا مَا أَعْتَقْنَ، أَوْ أَعْتَقَ مَنْ أَعْتَقْنَ، أَوْ كَاتَبْنَ، أَوْ كَاتَبَ مَنْ كَاتَبْنَ»[(١)].

لكنَّ المُعتَقَ يَرِثُ بالوَلاءِ بِطَرِيقِ التَّعصيبِ، وهوَ آخرُ العصباتِ عندَ عامَّةِ الصحابةِ، وهوَ قولُ عامَّةِ العلماءِ، فإنْ لم يكنْ سِواهُ وَارِثـًا فالكُلُّ لهُ، وإنْ كانَ معَهُ أصحابُ الفَرائِضِ تُعطَى فرائضَهم، والباقي لهُ، وقال ابنُ مَسعودٍ رضي الله عنه: «هُوَ آخِرُ ذَوِي الأرحامِ، حتى إذا لم يَكنْ للمُعتَقِ أَحَدٌ مِنَ الأقرباءِ يكونُ لهُ»[(٢)].

وإذا ماتَ المُعتِقُ فإنَّهُ لا يُورَثُ[(٣)] الوَلاءُ، حتى يكونُ لأصحابِ الفرائضِ فَرائضُهم، والباقي للعَصَبةِ؛ لِمَا رَوينا أَنَّهُ لا يُورَثُ، لكنْ يَكونُ الوَلاءُ للذكورِ مِنْ عَصَبةِ المُعتِقِ، الأقربِ فالأقربِ، على ما يُعرَفُ في كتابِ الفَرائضِ.

---

(١) لم أجده مرفوعًا، وكذا جاء في «نصب الراية» (٤/ ١٥٤)، و«البناية» للعيني (١١/ ٢٤) وإنما المروي عن جماعة من الصحابة ما أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (٢١٥١١)، عن علي، وابن مسعود، وزيد بن ثابت رضي الله تعالى عنهم: «أَنَّهُمْ كَانُوا يَجْعَلُونَ الوَلَاءَ لِلكُبْرِ مِنَ العَصَبَةِ، وَلَا يُوَرِّثُونَ النِّسَاءَ إِلَّا مَا أَعْتَقْنَ، أَوْ أَعْتَقَ مَنْ أَعْتَقْنَ».

وأخرج أيضًا (٢١٥١٢) عن إبراهيم، قال: «كَانَ عُمَرُ وَعَلِيٌّ وَزَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ: لَا يُوَرِّثُونَ النِّسَاءَ مِنَ الْوَلَاءِ إِلَّا مَا أَعْتَقْنَ».

وأخرج ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٣١٥٠٦)، عن الحسن، أَنَّهُ قَالَ: «لَا تَرِثُ النِّسَاءُ مِنَ الْوَلَاءِ إِلَّا مَا أَعْتَقْنَ، أَوْ أَعْتَقَ مَنْ أَعْتَقْنَ». وأخرج نحوه عن ابن سيرين وابن المسيب وعطاء والنخعي.

وأخرج عبد الرزاق في «مصنفه» (١٦٢٦٣)، عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال: «لَا تَرِثُ النِّسَاءُ مِنَ الْوَلَاءِ إِلَّا مَا كَاتَبْنَ أَوْ أَعْتَقْنَ».

(٢) أخرج نحوه البيهقيُّ في «الكبرى» (٢١٤٩٨) عن علي رضي الله عنه: «فإذا انقطَعَت الذُّكورُ رَجعَ الوَلاءُ إلى أوليائِها».

(٣) في «ز»: (يرثه).

باب ولاء الموالاة

الأصلُ في شرعيةِ عَقدِ المُوالاةِ قولُه تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ عَقَدَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ فَـَٔاتُوهُمۡ نَصِيبَهُمۡۚ﴾ [سورة النساء: ٣٣].

وتفسيرُ عَقدِ المُوالاةِ: أنَّ مَنْ أَسلَمَ على يَدَي رَجلٍ، وقالَ لهُ: «أنتَ مَولايَ تَرِثُني إذا مِتُّ، وتَعقِلُ عَني إذا جَنَيتُ»، وقالَ الآخرُ: «قَبِلْتُ»، فينعقِدُ بينَهما عقدُ المُوالَاةِ، وكذا إذا قال: «والَيتُكَ»، وقال الآخرُ: «قَبِلْتُ»، وكذا إذا عَقَدَ معَ رَجُلٍ غيرِ الذي أَسلَمَ على يَدَيهِ.

وكذلكَ اللَّقيطُ إذا عَقَدَ مَعَ غيرِهِ عَقدَ مُوالاةٍ.

وشَرْطُ صِحَّةِ عَقدِ المُوالاةِ: ألَّا يَكونَ للعاقِدِ وارِثٌ مُسلِمٌ، وإذا انعقَدَ عَقدُ المُوالاةِ يَصيرُ مَولىً، حتى لو ماتَ ولم يَترُكْ وَارِثًا، يَكونُ مِيراثُهُ لمَولاهُ، ولو جَنى يكونُ عَقْلُهُ عَليهِ، ويَلي عليهِ في الجُملةِ.

وللمَولى الأسفلِ أنْ يَتحوَّلَ بوَلائِهِ إلى غيرِهِ، ما لم يَعقِلِ المَولى الأَعلى عنهُ، فإذا عَقَلَ عنهُ لا يَقدِرُ أنْ يَتحوَّلَ عنهُ بالوَلاءِ إلى غيرِهِ، وصارَ العقدُ لازمًا، إلا إذا اتَّفقَا على النَّقضِ.

ولو أرادَ أحدُهما نَقضَ المُوالاةِ بغيرِ مَحضَرٍ مِنْ صاحبِهِ، لم يَنتقِضْ.

ولو كانَ رَجلانِ ليسَ لَهما وارثٌ مُسلمٌ، وهما مُسلمانِ في دارِ الإسلامِ، فَوَالَى أَحدُهما صاحبَهُ، ثُم والاهُ الآخرُ، فعندَ أبي حنيفةَ يَصيرُ الثاني مَولى الأَوَّلِ، ويَبطلُ وَلاءُ الأَولِ، وعندَهما كلُّ واحدٍ مِنهما مَولًى لِصاحِبِهِ.

فهُما يقولانِ: إنَّ الجَمعَ بينَ الوَلاءَينِ مُمكِنٌ، فإنَّهُ يَجوزُ أنْ يَكونَ شَخصانِ كُلُّ واحدٍ مِنهما يَرِثُ مِنْ صاحِبِهِ، ويَعقلُ عنهُ، كالأخوَينِ وابنَي العمِّ، فلا تَتضمَّنُ صِحَّةُ أحدِهِما انتقاضَ الآخرِ، بل يَثبُتانِ جَميعًا.

وأبو حنيفةَ يقولُ: إنَّ المَولى الأسفلَ تابعٌ للمَولَى الأعلى وقَومِهِ، كالمُعتَقِ تابعٌ للمُعتِقِ، ولهذا يَلِي الأعلى على الأسفلِ، ويعقِلُ عنهُ، ولا يجوزُ أنْ يكونَ التَّبعُ مَتبُوعًا لِمتبُوعِهِ، والمَتبُوعُ تَبعًا لِتَبعِهِ، وإذا لم يَجُزِ الجَمعُ بينَهما فتَتَضَمَّنُ صَحةُ الثاني انتقاضَ الأوَّلِ.

ثُم مَولى المُوَالاةِ آخرُ الوَرَثَةِ، حتى إذا لم يكنْ للمَيْتِ أَحَدٌ مِنَ الوَرَثةِ قَريبٌ أو بعيدٌ يَرِثُ وإلا فلا، وهذا عندَنا.

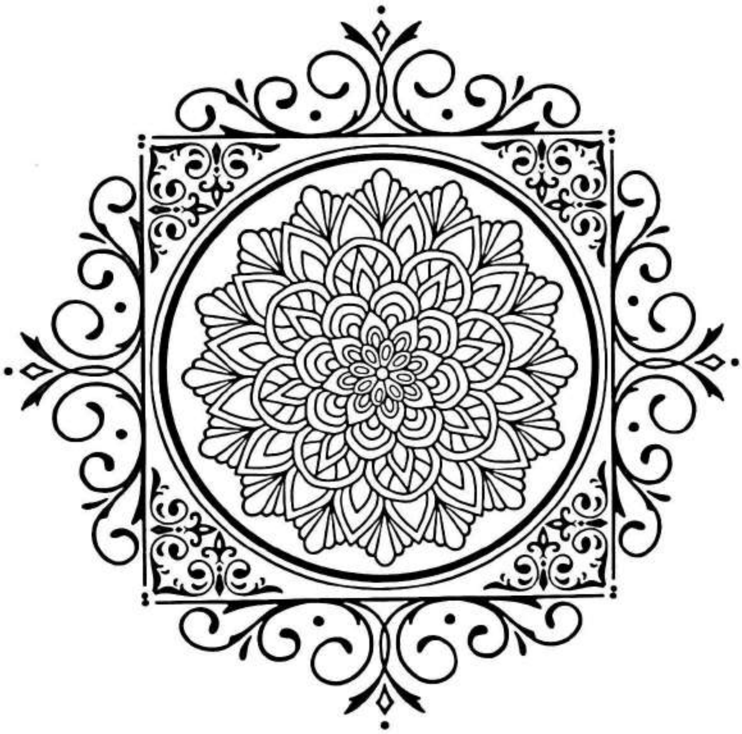
وقال الشافعيُّ: إنَّه لا يُورَثُ بِوَلاءِ المُوالاةِ، ويَكونُ مالُهُ لبيتِ المالِ[1].

وعلى هذا الخلافِ لو أَوصَى بجَميعِ مالِهِ لإنسانٍ، ولا وارِثَ لهُ، يَصِحُّ عندَنا، وعندَ الشافعيِّ لا يَصِحُّ، وهيَ مَسألةُ كتابِ الفَرائِض.

❁ ❁ ❁

(١) انظر: الحاوي الكبير (٨/ ١١٩)، وبحر المذهب (٧/ ٤٣٩)، وحلية العلماء (٦/ ٢٦٠).

كتاب الإيمان



كِتَابُ الأَيْمَانِ

ذكرَ محمدُ بنُ الحسنِ في «الأصلِ»(١) وقالَ: الأيمانُ ثلاثةٌ: يمينٌ تُكَفَّرُ، ويمينٌ لا تُكَفَّرُ، ويمينٌ نرجو ألَّا يُؤاخذَ اللهُ بها صاحبَها.

أمَّا اليمينُ التي تُكَفَّرُ: فهي اليمينُ على أمرٍ في المُستقبَلِ، وهي أنواعٌ: إمَّا أنْ يَعقِدَ على ما هو مُتصوَّرُ الوُجودِ عادةً، أو على ما هو مُستحيلٌ غيرُ مُتَصوَّرِ الوجودِ أصلًا، أو على ما هو مُتَصوَّرُ الوجودِ في نفْسِهِ، لكنْ لا يوجدُ على مَجرى العادةِ، وهذه الجملةُ قد تكونُ في الإثباتِ وقد تكونُ في النَّفيِ، وتكونُ مطلقةً ومؤقَّتةً.

- أمَّا النَّوعُ الأوَّلُ: إنْ كانَ في الإثباتِ مُطْلَقًا، بأنْ قالَ: «واللهِ لآكلَنَّ هذا الرَّغيفَ»، أو «لآتيَنَّ البَصرةَ»، فما دامَ الحالفُ والمَحلوفُ عليهِ قائمَيْنِ فهوَ على يمينِهِ؛ لِتَصوُّرِ البِرِّ، وهو الفِعلُ مرَّةً في العمرِ، فإذا هلَكَ أحدُهما صارَ تاركًا للبرِّ، فيحنَثُ في يمينِهِ.

وإنْ كانَ في مَوضعِ النَّفيِ مُطلقًا، بأنْ قالَ: «واللهِ لا آكلُ هذا الرَّغيفَ»، أو «لا أدخلُ هذه الدَّارَ»، إنْ فعَلَ مرَّةً حَنِثَ؛ لأنَّه فاتَ البرُّ، وإذا هلَكَ الحالفُ أو المحلوفُ عليه قبلَ الفِعلِ لا يحنَثُ؛ لأنَّ شرطَ برِّهِ هو الامتناعُ عنِ الفعلِ، ولا يُتصوَّرُ ذلك بعدَ هلاكِ الحالفِ وهلاكِ المحلوفِ عليهِ.

وأمَّا المُؤقَّتةُ صريحًا في الإثباتِ كقولِهِ: «واللهِ لآكُلَنَّ هذا الرَّغيفَ اليومَ»، إنْ مضَى اليومُ والحالفُ والمحلوفُ عليهِ قائمان، يحنَثُ في يمينِهِ؛ لأنَّه فاتَ البرُّ لفوَاتِ وقْتِهِ المُعيَّنِ.

---

(١) انظر «الأصل المعروف بالمبسوط» (٣/ ١٦٨).

أمَّا إذا هلَكَ أحدُهما في اليومِ:

إنْ هلكَ الحالفُ قبلَ مُضيِّ اليومِ، أجمعوا أنَّه لا يحنَثُ.

وإنْ هلكَ المحلوفُ عليه، وهو الرَّغيفُ، قبلَ مُضيِّ اليومِ، أجمَعوا أنَّه لا يحنَثُ في الحالِ ما لمْ يمضِ اليومُ، ولا تجبُ الكفَّارةُ، حتى لَو عجَّلَ الكفَّارةَ لم يُجْزِ، واختلفوا فيمَا إذا مضَى اليومُ، قال أبو حنيفةَ ومحمدٌ: لا يحنَثُ في يمينِهِ، وقال أبو يوسفَ: يحنثُ وتجبُ الكفَّارةُ.

وعلى هذا الخلافُ إذا قال: «واللهِ لأقضيَنَّ دَيْنَ فلانٍ غدًا»، فقَضَاه اليومَ، أوْ أبرأَهُ صاحبُ الدَّيْنِ اليومَ، ثُم جاءَ الغدُ.

وكذلك على هذا في اليمينِ بالطَّلاقِ والعَتاقِ، بأنْ قال: «إنْ لم أشربْ هذا الماءَ اليومَ فامرأتُهُ طالقٌ»، أو «عبدُهُ حرٌّ»، ثُم أُهريقَ الماءُ قبل مُضيِّ اليومِ، لا يحنثُ عندَهما؛ حتى لا يقعُ الطَّلاقُ والعَتاقُ عند مُضيِّ اليومِ، وعندهُ يحنثُ عند مُضيِّ اليومِ.

وحاصلُ الخِلافِ: أنَّ تصوُّرَ البِرِّ شرطٌ لانعقادِ اليمينِ عندَهما، وعند أبي يوسفَ ليسَ بشرطٍ، إنَّما الشَّرطُ أنْ يكونَ اليمينُ على أمرٍ في المستقبلِ على ما نذكرُ، فلمَّا كانَ تصوُّرُ البِرِّ شرطًا لانعقادِ اليمينِ عندَهما، فيكونُ شرطًا لبقائها، فإذا هلكَ المحلوفُ عليه خرجَ البِرُّ مِنْ أنْ يكونَ مُتصوَّرًا، فتبطُلُ اليمينُ، فإذا مضى الوقتُ فوُجِدَ شرطُ الحِنثِ ولا يمينَ فلا يحنَثُ، كما إذا هلَكَ الحالفُ، وعنده: لمَّا لمْ يكنْ تصوُّرُ البِرِّ شرطًا لانعقادِ اليمينِ، لا يكونُ شَرطَ البقاءِ، فتكونُ اليمينُ باقيةً، فوُجدَ الحِنْثُ في آخرِ اليومِ، والحالفُ مِنْ أهلِ وُجوبِ الكفَّارةِ فيَلزَمُهُ، بخلافِ ما إذا ماتَ الحالفُ؛ لأنَّه وُجدَ شرطُ الحِنثِ، لكنَّ الحالفَ ليسَ مِنْ أهلِ وجوبِ الكفَّارةِ بعدَ الموتِ فلا تجبُ.

وأمَّا إذا حلَفَ على النَّفْيِ، بأنْ قالَ: «واللهِ لا آكلُ هذا الرَّغيفَ اليومَ»، فإنْ مضى اليومُ قبلَ الأكلِ برَّ في يمينِهِ؛ لأنَّه وُجدَ تركُ الأكلِ في اليومِ كلِّه، وإنْ هلَكَ الحالفُ أو المحلوفُ عليه[1] برَّ في يمينِهِ أيضًا؛ لأنَّ شرطَ البِرِّ عدمُ الأكلِ، وقد تحقَّقَ.

وأمَّا إذا عقدَ اليمينَ على فعلٍ لا يُتصوَّرُ وُجودُه أصلًا، بأنْ قال: «واللهِ لأشرَبَنَّ الماءَ الذي في هذا الكُوزِ»، وليسَ في الكوزِ ماءٌ، لا ينعقدُ اليمينُ عند أبي حنيفةَ ومحمَّدٍ.

وعند أبي يوسفَ تنعقدُ ويحنثُ للحالِ.

فهما يقولان: إنَّ اليمينَ تُعقدُ للبِرِّ، ثُم تجبُ الكفَّارةُ لرفعِ حُكمِ الحِنْثِ، وهو الإثمُ، فإذا لمْ يكنِ البرُّ مُتصوَّرًا فلا يُتصوَّرُ الحِنثُ، فلا فائدةَ في انعقادِ اليمينِ.

وعلى هذا الخلافِ إذا قال: «واللهِ لأقتُلَنَّ فلانًا» وهو لا يعلمُ بمَوتِهِ؛ لأنَّ يَمينَه تنصرفُ إلى الحياةِ التي كانتْ، وقد فاتتْ بحيثُ لا يُتصوَّرُ عَودُها.

فأمَّا إذا كان عالِمًا بموتِهِ، فإنَّه تنعقدُ اليمينُ بالإجماعِ؛ لأنَّ يمينَه تَنصرِفُ إلى الحياةِ التي تحدثُ فيه، فيكونُ البرُّ مُتصوَّرًا، لكنَّه خلافُ المعتادِ، فيكونُ مِنَ القسمِ الثالثِ، هكذا فصَّل في «الجامع الصغير»[2]، وهو الصَّحيحُ.

ونظيرُ القسمِ الثالث أيضًا: إذا قالَ: «واللهِ لَأصعَدَنَّ السَّماءَ»، أو «لَأُحَوِّلَنَّ هذا الحجَرَ ذَهبًا»، أوْ «لَأشرَبنَّ ماءَ دِجلةَ كلَّهُ»، لأنَّ البرَّ مُتصوَّرٌ على خِلافِ العادةِ، فباعتبارِ التَّصوُّرِ ينعقدُ اليمينُ في الجُملةِ، وباعتبارِ العجزِ مِنَ حيثُ العادةُ يحنَثُ في الحالِ.

فأمَّا إذا وقَّتَ اليمينَ فقال: «والله لَأصعدنَّ السَّماءَ اليومَ»:

---

(١) في «أ» «س»: (والمحلوف عليه).

(٢) انظر «الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير» (١/ ٢٧٣).

ـ عندَ أبي حنيفةَ ومحمَّدٍ يحنَثُ في آخرِ اليومِ؛ لأنَّ البرَّ يجبُ في المؤقَّتةِ في آخرِ اليومِ، ويكونُ الوقتُ ظرفًا؛ لأنَّه يفضُل عنه.

ـ وعندَ أبي يوسف يحنَثُ للحالِ؛ لِتحقُّقِ العجْزِ لِلحالِ، هذا هو الصَّحيحُ مِنْ مَذهبِهِ، وإنَّما يتأخَّرُ الحِنْثُ إلى آخرِ الوقتِ عندهُ فيما إذا كانَ الفعلُ متصوَّرًا مِنْ حيثُ العادةُ، ثُم فاتَ بسببِ هلاكِ المحلوفِ عليه كما ذكرنا.

[يمين الفور]

ونوعٌ آخرُ مِنَ اليمينِ في المستقبلِ ما تكونُ مؤقَّتةً دلالةً، وهي تُسمَّى يمينَ الفَوْرِ[1]، وهي كلُّ يمينٍ خرجتْ جوابًا لِكلامٍ أوْ بناءً على أمرٍ فتتقيَّدُ بذلك لِدلالةِ الحالِ، كَمَنْ قال لآخرَ: «تعالَ تغدَّ معي»، فقالَ: «واللهِ لا أتغدَّى»، ولم يتغدَّ معهُ، وذهبَ إلى بيتِهِ وتغدَّى، لا يحنَثُ في يمينِهِ استحسانًا، خِلافًا لزفرَ.

وكذا إذا أرادتِ امرأةُ إنسانٍ أنْ تخرجَ مِنَ الدَّارِ، فقالَ لها: «إنْ خرجتِ فأنتِ طالقٌ»، فتركتِ الخُروجَ ساعةً ثُم خرجتْ لا يحنَثُ، ويتقيَّدُ الخُروجُ[2] بتلكَ الحالِ، ولهذا نظائرُ.

وأمَّا اليمينُ التي لا تكفَّرُ: فهيَ يمينُ الغَمُوسِ، وهيَ اليمينُ الكاذبةُ قصدًا في الماضي، كقولِهِ: «واللهِ لقدْ دَخلْتُ هذهِ الدَّارَ» وهو يعلمُ أنَّه ما دَخَلَها، وفي الحالِ نحوَ قَولِهِ لِرَجُلٍ: «واللهِ إنَّه عمرُ»، ومع عِلمِه أنَّه زيدٌ، ونحوُها.

(١) يمين الفَور: مأخوذ من فارت القدر إذا غلت، فاستعير للسرعة، أو من فوران الغضب، ثم سميت به الحالة التي لا لبث فيها، وتفرد الإمام أبو حنيفة بإظهارها ولم يسبقه أحد فيه، وكانوا من قبل يقولون: اليمين نوعان: مطلقة نحو: «لا يفعل كذا»، ومؤقتة نحو: «لا يفعل كذا اليوم»، فخرج قسمًا ثالثًا وهي المؤقتة معنى المطلقة لفظًا، انظر: «مجمع الأنهر» (١/ ٥٥٥)، «حاشية ابن عابدين» (٣/ ٧٦٢).

(٢) سقط من «ز» و«س»: (الخروج).

وحكمُها: وجوبُ التَّوبةِ والاستغفارِ دونَ الكفَّارةِ بالمالِ عندنا، وعند الشَّافعيِّ تجبُ الكفَّارةُ بالمال[١]، وهي مسألةٌ معروفةٌ.

وأمَّا اليمينُ التي يُرجى فيها عدمُ المُؤاخَذَةِ: فهيَ اليمينُ الكاذبةُ خطأً، وهي تُسمَّى يمينُ الَّلغْوِ، كمَنْ قالَ: «واللهِ ما دخلتُ هذه الدَّارَ»، وعندهُ كذلكَ، والأمرُ بخلافِهِ، أوْ رَأى طائرًا مِنْ بعيدٍ فظنَّ أنَّه غُرابٌ فقالَ: «واللهِ إنَّهُ لَغُرابٌ»، فإذا هو حمَامٌ، ولا حُكمَ لهذه اليمينِ أصلًا.

وقال الشَّافعيُّ: يمينُ الَّلغْو هي اليمينُ التي تجري على لسانِ الحالفِ مِنْ غيرِ قصدٍ، «لا واللهِ» و«بلَى واللهِ»، أو كانَ يقرأُ القُرآنَ فجَرى على لسانِهِ اليمينُ[٢]، واللهُ أعلمُ.

❁ ❁ ❁

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (١٥/ ٢٦٧)، و بحر المذهب للروياني (١٠/ ٣٧٢)، و البيان في مذهب الإمام الشافعي (١٠/ ٤٨٨).

(٢) انظر: الحاوي الكبير (١٥/ ٢٦٧)، وبحر المذهب للروياني (١٠/ ٣٧٣)، والغرر البهية في شرح البهجة الوردية (٥/ ١٨٧).

باب ألفاظ اليمين

اليمينُ خمسةُ أنواعٍ:

- يمينٌ باللهِ تعالى صريحًا، وهي نوعان: يمينٌ بأسمائِهِ، ويمينٌ بصفاتِهِ.
- والثالثُ: اليمينُ باللهِ بطريقِ الكنايةِ.
- والرابعُ: اليمينُ باللهِ تعالى مِنْ حيثُ المعنى.
- والخامسُ: اليمينُ بغيرِ اللهِ تعالى صورةً ومعنًى.

أمَّا اليمينُ بأسماءِ اللهِ تعالى: فالحَلِفُ بكلِّ اسمٍ مِنْ أسمائِهِ، بأنْ قالَ: «باللهِ» أوْ و«اللهِ» أو «تاللهِ» أو «اللهِ» أو «بالرَّحمنِ» أو «بالرَّحيمِ» أو «بالعالِمِ» أوِ «القادرِ» ونحوِ ذلكَ؛ لأنَّ مِنْ أسماءِ اللهِ تعالى ما يكونُ خاصًّا لا يجوزُ إطلاقُه على غيرِ اللهِ.

ومنها ما يجوزُ، لكنْ متى ذُكِرَ في موضعِ القَسَمِ - والقَسَمُ لا يَجوزُ بغيرِ اللهِ تعالى - فكان المُرادُ به اسمَ اللهِ تعالى.

وأمَّا الحَلِفُ بصفاتِهِ فأقسامٌ ثلاثةٌ:

- أحدُها: أنْ يَذكُرَ صِفةً لا تُستعملُ إلَّا في الصِّفةِ في عُرْفِ النَّاسِ، كقولهم: «وعزَّةِ اللهِ» و«عَظَمَتِهِ» و«جلالِهِ» و«كبريائِهِ»، وإنْ كانَ يُستعملُ صِفةً لغَيرِهِ، ولكنْ تعيَّنَ كونُ صفةِ اللهِ تعالى مُرادًا بِهِ بالإضافةِ إلى اللهِ تعالى تنصيصًا.

- والقسمُ الثاني: أنْ يَحلِفَ بِصِفةٍ تُستعمَلُ صِفةً للهِ تعالى ولغيرِهِ، وتُستعمَلُ أيضًا في غيرِ الصِّفةِ، لكنْ لا يكونُ استِعمالُه في غيرِ الصِّفةِ غالبًا، بحيثُ تَسبِقُ الأفهامُ إليه

عندَ الذِّكْرِ، نحوُ قولِهم: «وقدرةِ الله» و«قوَّتِهِ» و«إرادتِهِ» و«مشيئتِهِ» ونحوِ ذلك، فتتعيَّنُ صفةُ اللهِ تعالى مُقسَمًا بهِ، بدلالةِ ذِكْرِ القَسَمِ، ومِنْ هذا القَسَمِ: «وأمانةِ اللهِ»، في ظاهرِ الرِّوايةِ، خِلافًا لِمَا ذكرَهُ الطَّحاويُّ أنَّه لا يكونُ يمينًا وإنْ نوى، وخِلافًا لِمَا رُويَ عنْ أبي يوسفَ أنَّهُ لا يكونُ يمينًا.

ـ والقِسمُ الثالثُ: أنْ يَحلِفَ بِصِفةٍ تُستعمَلُ صِفةً للهِ تعالى ولغيرِهِ، وتُستعمَلُ في غيرِ الصِّفةِ، لكنْ على وجهٍ غَلَبَ استعمالُه فيه، بحيثُ لا تَسبِقُ الأفهامُ إلَّا إليهِ عندَ الذِّكْرِ مُطلقًا، وذلك نحوُ قولِهم: «وعِلمِ الله» و«رَحمَةِ اللهِ» و«كَلامِ اللهِ»، وكذا الرِّضا والغضبِ والسَّخَطِ، فإنَّهُ يُذكرُ العلَمُ ويُرادُ به المعلومُ غالبًا، وكذا الرَّحمةُ تُذكرُ ويُراد بها الجنَّةُ، وآثارُ الرَّحمةِ مِنَ النِّعمةِ والسَّعَةِ، فعندنا إنْ نَوى بهِ اليمينَ يكونُ يمينًا، وإنْ لم يَنوِ لا يكونُ يَمينًا.

وقال الشَّافعيُّ: يكونُ يمينًا كسائرِ صفاتِهِ، بدلالةِ القَسَمِ(١).

وعلى هذا قال في ظاهرِ الرِّوايةِ: «وحقِّ اللهِ لا أفعلُ كذا»، لا يكونُ يمينًا ما لمْ ينوِ؛ لأنَّه يُستعملُ في العُرفِ في الحقِّ المستَحقِّ للهِ تعالى على عبادِهِ، ولو قال: «والحقِّ لا أفعلُ كذا» يكونُ يمينًا؛ لأنَّه اسمٌ مِنْ أسماءِ اللهِ تعالى، قال اللهُ تعالى: ﴿وَيَعۡلَمُونَ أَنَّ ٱللَّهَ هُوَ ٱلۡحَقُّ ٱلۡمُبِينُ﴾ [النور: ٢٥].

ولو قال: «حقًّا» بالفارسيَّةِ اختلفَ المشايخُ فيه.

ثُم في اليمينِ بأسماءِ اللهِ تعالى وصفاتِهِ، إذا ذكرَ القَسَمَ والمُقسَمَ بهِ والخبرَ باللَّفظِ المُستعملِ في الحالِ بأنْ قال: «حلفتُ باللهِ» أو «أقسمتُ باللهِ لأفعلَنَّ كذا»، يكونُ يمينًا بلا خلافٍ.

---

(١) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي (١٩٤)، و شرح مشكل الوسيط (٤/ ٢٧٦).

فأمَّا إذا ذكر القسَمَ باللَّفظِ المُستقبَلِ، بأنْ قال: «أحلفُ بالله» أو «أُقسمُ باللهِ لأفعلَنَّ كذا»، أو «أشهدُ بعزَّةِ اللهِ لأفعلنَّ كذا»، يكونُ يمينًا عندنا.

وعند الشَّافعيِّ: لا يكونُ يمينًا إلَّا بالنِّيَّةِ(١).

والصَّحيحُ قولُنا؛ لأنَّ هذا في العُرفِ يُرادُ به الحالُ، كقولِهم: «أشهدُ أنْ لا إلهَ إلَّا اللهُ»، ونحوِ ذلك.

وأمَّا إذا ذكرَ القسَمَ والخبرَ ولمْ يذكرِ المُقسَمَ بهِ بأنْ قالَ: «أشهدُ» أو «أحلِفُ» أو «أُقسمُ لأفعلنَّ كذا»، يكونُ يمينًا عند علمائِنا الثلاثةِ، نَوى أوْ لم ينوِ.

وقالَ زفرُ: إنْ نَوى يكونُ يمينًا.

وقال الشَّافعيُّ: لا يكونُ يمينًا وإنْ نَوى(٢).

والصَّحيحُ قولُنا؛ لأنَّ ذِكْرَ القسَمِ والخبرِ دليلٌ على مُقسَمٍ محذوفٍ، وهو اسمُ اللهِ تعالى.

هذا إذا ذَكرَ المقسَمَ بهِ مرَّةً واحدةً، فأمَّا إذا ذكَرَ مُكرَّرًا بأنْ قالَ: «واللهِ اللهِ»، أو قالَ: «واللهِ الرَّحمنِ الرَّحيمِ إنْ فعلتُ كذا»، ذكرَ في «الجامع الكبير» إنْ لم يُدخِلْ بينَ الاسمينِ حرفَ عطفٍ يكونُ يميناً واحدةً، وإنْ أدخلَ بينَهما حرفَ عطفٍ يكونُ يمينَيْنِ(٣)، وفيه اختلافُ الرِّواياتِ، والصَّحيحُ ما ذُكرَ في «الجامع الكبير»، ولهذا تُستعملُ على بابِ القُضاةِ هذه اليمينُ، «واللهِ الرَّحمنِ الرَّحيمِ الطَّالبِ الغَالبِ المُدرِكِ...».

---

(١) انظر: التهذيب في فقه الإمام الشافعي (٨/ ٩٨)، وكفاية النبيه في شرح التنبيه (١٤/ ٤٢١)، عمدة السالك وعدة الناسك (٢٤٢).

(٢) انظر: الأم للشافعي (٧/ ٦٤)، و الحاوي الكبير (١٥/ ٢٧١)، و البيان في مذهب الإمام الشافعي (١٠/ ٥١٠).

(٣) في «ز»: (يمينًا).

فأمَّا إذا ذَكرَ الخبرَ معهُ مكرَّرًا بأنْ قال: «واللهِ لا أفعلُ كذا»، أو «واللهِ لا أكلِّمُ فُلانًا»، و«اللهِ لا أكلِّمُهُ» فإنَّهُ يكونُ يمينَيْنِ؛ لأنَّهُ وُجدَ تكرارُ صيغةِ[1] اليمينِ، إلاَّ إذا أرادَ بالكلامِ الثاني الخبرَ عنِ الأوَّلِ، فإنَّه يكونُ يمينًا واحدةً.

وكذا في اليمينِ بالطَّلاقِ والعَتَاقِ على هذا.

وأمَّا اليمينُ باللهِ تعالى مِن حيثُ الكنايةُ نحوُ قولِ الرَّجُلِ: «هو يهوديٌّ»، أو «نصرانيٌّ»، أو «مجوسيٌّ»، أو «بريءٌ مِنَ الإسلامِ»، أو «كافرٌ باللهِ»، ونحوُ ذلك «إنْ فعلتُ كذا»، يكونُ يمينًا، وإنْ فعلَ تلزمُهُ الكفَّارةُ استحسانًا.

وقال الشَّافعيُّ: لا يكونُ يمينًا قياسًا[2]؛ لأنَّ النَّاسَ تعارفوا الحَلِفَ بهذهِ الألفاظِ مِنْ لَدُنْ رسولِ اللهِ ﷺ إلى يومِنا هذا مِنْ غيرِ نكيرٍ، معَ أنَّ اليمينَ بغيرِ اللهِ تعالى معصيةٌ، دَلَّ أنَّها كنايةٌ عنِ اليمينِ باللهِ تعالى في العُرفِ، وإنْ لم يُعقَلْ معناه، كقولِهم: «للهِ عليَّ أنْ أضربَ بثوبي حَطيمَ الكعبةِ» كنايةً عنِ النَّذرِ بالصَّدَقةِ في عُرفِهم، وإنْ لمْ يُعقَلْ وجهُ الكِناية، كَذا هذا.

فأمَّا إذا قال: «هو يهوديٌّ إنْ كنتُ فعلتُ كذا»[3] في الماضي كاذبًا قصدًا لا تلزمهُ الكفَّارةُ عندنا، ولكنْ هل يَكْفُرُ؟ اختلفَ المشايخُ فيهِ، والصَّحيحُ أنَّه لا يَكْفُرُ، كذا رَوى الحاكمُ الشَّهيدُ عن أبي يوسفَ؛ لأنَّ قَصْدَهُ ترويجُ كلامِهِ دُونَ الكُفرِ.

وكذا إذا قالَ: «يعلمُ اللهُ أنَّه فعلَ كذا» وهو يعلمُ أنَّه لم يفعلْ، لا رِوايةَ له، واختلفَ

---

(١) في «ز»: (صفة).

(٢) انظر: الوسيط في المذهب (٧/ ٢٠٥)، والغرر البهية في شرح البهجة الوردية (٥/ ١٨٨)، وتحفة المحتاج في شرح المنهاج وحواشي الشرواني والعبادي (١٠/ ١١-١٢).

(٣) يُلاحظ أنَّ في الكلام عدولٌ من صيغة المتكلِمِ إلى ضمير الغيبة، استقباحًا لهذا اللفظ، وكثيرًا ما يستخدم الفقهاء هذا الأسلوب في حكاية ألفاظِ الطلاقِ والأيمانِ، فتنبه.

المشايخُ فيه، والصَّحيحُ أنَّه لا يَكفُرُ، وقيل: هذا إذا كانَ عِندَهُ أنَّه لا يَكفُرُ، فأمَّا إذا كان عِندَه أنَّه يَكفُرُ إذا حَلَفَ به في الماضي أو في المُستقبلِ، وحَنِثَ في يَمينِهِ أنَّه يَكْفُرُ؛ لأنَّه بالإقدامِ عليه صارَ مُختارًا لِلكُفْرِ، واختيارُ الكُفْرِ كُفْرٌ.

وأمَّا اليمينُ بغيرِ اللهِ صورةً ومعنًى: بأنْ حَلَفَ بالإسلامِ، أو بأنبياءِ اللهِ، أو بملائِكَتِهِ، أو بالكَعبةِ، أو بالصَّلاةِ، والصَّومِ والحجِّ، أو قالَ: «عليهِ سَخَطُ اللهِ وعَذَابُه»، لا يكونُ يمينًا، ولا تَجِبُ عليه الكفَّارةُ.

وأمَّا اليمينُ بغيرِ اللهِ صورةً: وهي يمينٌ بالله تعالى معنًى، فهو الحَلِفُ بِذِكْرِ الشَّرْطِ والجزاءِ؛ لأنَّه مانعٌ عن تَحصيلِ الشَّرْطِ، وحامِلٌ على البِرِّ بمَنزلةِ ذِكْرِ اسمِ اللهِ تعالى، وذلكَ نحوَ قولِهم: «إنْ دَخَلْتِ هذهِ الدَّارَ...»، أو «إذا دَخَلْتِ» أو «متى دَخَلْتِ» أو «إذا ما دَخَلْتِ» أو «متى ما دَخَلْتِ...»، إذا وُجدَ الدُّخولُ طلُقتْ؛ لأنَّ هذه حروفُ الشَّرْطِ، وقد وُجدَ الشَّرْطُ، فيَحنَثُ في يمينِهِ.

ولو دَخَلَتْ ثانيةً لا تَطلقُ؛ لأنَّ هذهِ الحروفَ لا تقتضي التَّكرارَ.

ولو قالَ: «كلَّما دَخَلْتِ هذهِ الدَّارَ فأنتِ طالقٌ»، فدَخَلَتِ الدَّارَ تَطلُقُ، ولو دَخَلَتْ ثانيًا وثالثًا تَطلُقُ عندَ كُلِّ دخولٍ طلقةً واحدةً؛ لأنَّ كلمةَ «كلَّما» تقتضي تكرارَ الأفعالِ، وإذا طَلُقتْ ثلاثًا فتزوَّجَتْ بزَوجٍ آخرَ وعادَتْ إليه، ثُم دَخَلَتِ الدَّارَ في المرَّةِ الرَّابعةِ لا تَطلُقُ؛ لأنَّ مَحَلَّ الجزاءِ قدْ فاتَ.

ولو قال: «كُلُّ امرأةٍ أتزوَّجُها فهي طالقٌ»، فتزوَّجَ امرأةً تَطلُقُ؛ لِوجودِ الشَّرْطِ، ولو تزوَّجها ثانيًا لا تَطلُقُ، ولو تزوَّجَ امرأةً أخرى تَطلُقُ؛ لأنَّ كلمةَ «كلُّ» تُوجِبُ عمومَ الأسماءِ، ولا تُوجِبُ عُمومَ الأفعالِ وتكرارَهُ.

ولو جمعَ بينَ الشَّرطينِ لا يقعُ الطَّلاقُ إلا بوجودِهما، فإنْ جمَعَ بحرفِ العطفِ

بأنْ قال: «إنْ دَخَلْتِ هذهِ الدَّارَ وهذه الدَّارَ...»، لا يقعُ إلَّا بدُخولِ الدَّارَينِ، سَواءٌ قَدَّمَ الشَّرْطَ أو أخَّرَ أو كانَ متوسِّطًا، ويَستَوي الجوابُ بينَ أنْ تَدخُلَ الدَّارَ المذكورَةَ أوَّلًا أوِ الثَّانيةَ؛ لأنَّ حَرفَ الواوِ لمُطلَقِ الجَمعِ، ولعَطفِ الشَّيءِ على جِنسِهِ، فيكونُ الشَّرْطُ مَعطوفًا على الشَّرْطِ لا على الجَزاءِ.

وإنْ عَطَفَ بِحَرفِ الفاءِ فقالَ: «إنْ دَخَلْتِ هذهِ الدَّارَ فهذهِ الدَّارَ، فأنتِ طالقٌ»، فما لمْ تدخُلِ الدَّارَينِ على التَّرتيبِ بأنْ تدخُلَ الأولى ثُم تدخُلَ الثانيةَ لا يحنَثُ؛ لأنَّ الفاءَ للجمعِ على سَبيلِ التَّرتيبِ والتَّعقيبِ بلا فَصْلٍ.

ويَستوي الجَوابُ بينَ تقدُّمِ الشَّرْطِ وتقدُّمِ الجزاءِ أو تَوَسُّطِهِ، ولو عَطَفَ بحرفِ «ثُم» فقالَ: «إنْ دَخَلْتِ هذه الدَّارَ ثُم هذه الدَّارَ...»، فما لمْ تَدخُلِ الدَّارَينِ الأُولى ثُم الأُخرى بعدَ ساعةٍ أو أكثرَ مِنْ ذلك لا يَحنَثُ؛ لأنَّ حَرفَ «ثُم» للتَّرتيبِ على طريقِ التَّأخيرِ.

وكذلك لو أعادَ حَرفَ العطفِ مع الفِعلِ في هذه الفصولِ بأنْ قالَ: «إنْ دَخَلْتِ هذهِ الدَّار ودَخَلْتِ هذهِ الدَّارَ»، فالجَوابُ لا يَختلِفُ.

وكذلكَ في «حَرفِ الفاءِ» وحَرفِ «ثُم».

ولو قالَ: «واللهِ لا أكلِّمُ فلانًا» ثُم قالَ في ذلك المجلسِ أو في مجلسٍ آخَرَ: «واللهِ لا أكلِّمُ فلانًا»، أو قالَ لامرأتِهِ: «إنْ دَخَلْتِ هذه الدَّارَ فأنت طالقٌ»، ثُم قالَ بعدَ ذلك: «إنْ دَخَلْتِ هذه الدَّارَ فأنت طالقٌ»، أو قال: «واللهِ لا أدخُلُ هذه الدَّارَ»، ثُم قالَ بعدَ ذلك: «عليَّ حَجَّةٌ إنْ دَخَلْتُ هذهِ الدَّارَ»، و«عبدي حُرٌّ إنْ دَخَلْتُ هذهِ الدَّارَ»، فهذا على ثلاثةِ أوجُهٍ: إمَّا ألَّا[1] يكونَ له نيَّةٌ، أو نَوى بالثانيةِ التَّغليظَ والتَّشديدَ، أو نَوى بالثانيةِ الأولى.

---

(١) سقط من «ز»: (لا).

ـ فإن لمْ يكنْ لهُ نيَّةٌ فهما يمينانِ، حتى لو دَخَلَ مرَّةً تلزمُهُ كفَّارتانِ في اليمينِ بالله تعالى، وفي اليمينِ بالطَّلاقِ تقعُ طلْقتانِ، ويكونُ الدُّخولُ شَرْطًا في اليَمينَينِ.

ـ وإنْ نَوى به التَّغليظَ فكذلك؛ لأنَّ التَّغليظَ في أنْ يكونَ يمينَينِ حتى تلزمهُ كفَّارتانِ، ويقعُ طلاقانِ.

ـ وإنْ نَوى بالثانية الأولى كانتْ يمينًا واحدةً؛ لأنَّهُ نَوى التَّكرارَ، وهو مُستعمَلٌ في العُرفِ للتَّأكيدِ، إلَّا أنَّ في مَسألَةِ الطَّلاقِ لا يُصَدَّقُ في القَضاءِ، واللهُ أعلمُ.

❁ ❁ ❁

بابُ الخروجِ والدّخول

رَجُلٌ قالَ لامرأتِهِ: «أنتِ طالقٌ إنْ خَرَجْتِ مِنْ هذهِ الدارِ إلَّا بإذني»، أو «بِرِضايَ»، أو «بعلمي»، أو «بأمري»، أو «بغيرِ إذني»، أو «بغيرِ رضايَ»، فهذا كلُّهُ سواءٌ، إذا خرجتْ بغيرِ إذنِهِ، أو رِضاه، أو علمِهِ، أو أمرِهِ حَنِثَ.

وهاهنا ثلاثةُ فصولٍ:

ـ أحدُها هذا.

ـ والثاني: أنْ يقولَ: «حتى آذنَ لكِ»، أو «حتى أرضَى».

ـ والثالثُ: أنْ يقولَ: «إلَّا أنْ آذنَ لكِ»، أو «إلَّا أنْ أرضى».

أمَّا الأول: يُشترطُ الإذنُ في كلِّ مرَّةٍ؛ لأنَّهُ حَرَّمَ عليها الخُروجَ عامًّا، واستَثنى خُروجًا مَوصوفًا بصفةٍ، وهوَ أن يكونَ مَأذونًا فيهِ مِنْ جِهتِهِ، فإذا وُجِدَ خروجٌ بإذنٍ فهوَ خُروجٌ مُستثنًى عن يَمينِهِ، فلا يكونُ دَاخِلًا تحتَ اليمينِ، فلا يَحنَثُ، وإذا خرجَتْ بعدَ ذلكَ بغيرِ إذنِهِ يَحنَثُ؛ لأنَّ هذا ليسَ بخروجٍ مُستثنًى، واليمينُ باقيةٌ فيَحنَثُ.

نظيرُهُ: إذا قال لامرأتِهِ: «إنْ خرجتِ إلَّا بمِلحَفَةٍ»، أو «إلا راكبةً فأنتِ طالقٌ»، فإنْ وُجِدَ الخروجُ المستثنى لا يَحنَثُ، وإنْ وُجِدَ لا على ذلكَ الوصفِ يَحنَثُ؛ لأنَّ المُستثنى غيرُ داخلٍ في اليمينِ، وغيرُ المستثنى داخلٌ، فيَحنَثُ؛ لِوُجودِ الشرطِ.

وأمَّا الثاني: بكلمةِ «حتى»، يُكتفَى فيهِ بالإذنِ مرَّةً، وتَسقطُ اليمينُ، وإذا خرجتْ بغيرِ إذنٍ يَحنَثُ؛ لأنَّهُ جَعلَ الإذنَ غايةً لِيمينِهِ؛ لأنَّ كلمةَ «حتى» كلمةُ غايةٍ، فلا يَبقى

اليمينُ بعدَ وُجودِ الغايةِ، فوُجِدَ الخروجُ الذي هوَ شرطُ الحِنثِ، ولا يَمينَ، فلا يَحنَثُ، وقَبلَ الإذنِ اليمينُ باقيةٌ، فيَحنثُ بالخروجِ.

وأمَّا الثالثُ: «إلَّا أنْ آذنَ لكِ»، فعندَ عامَّةِ العلماءِ هذا بمنزلةِ قولِهِ: «حتى»، وقال الفَرَّاءُ مِنْ أهلِ النحوِ: هذا وقولُهُ: «إلَّا بإذني» سواءٌ.

وتَجيءُ هذهِ الفصولُ بالفارسيةِ: «ترا طلاق اكربيرون آي ازين سرائي مكربد ستوري من يا كويد بيرون آي ازين سرائي بي دستوري من»، أو يقولُ: «ترا طلاق اكربيرون آي ازين سرائي تا من دستوري دهم ترا»، أو يقولُ: «تراسه طلاق أكر ازين سرائي بيرون آئي مكر من دستوري دهم ترا».

ولو أرادَ بقولِهِ: «إلَّا بإذني»: «حتَّى آذنَ لكِ» تَصِحُّ نِيَّتُه، حتى لو أَذِنَ لها مرَّةً سقطَتْ يَمينُهُ؛ لأنَّ بينَ الغايةِ والاستثناءِ مشابهةً، ولكنْ قيلَ: يُديَّنُ فيما بينَهُ وبينَ اللهِ تعالى دونَ القضاءِ؛ لأنَّهُ خِلافُ الظاهرِ.

ولو أرادَ بقولِهِ: «حتى آذنَ لكِ»: «إلا بإذني»، صَحَّتْ نيَّتُهُ، ويُصدَّقُ في القضاءِ؛ لأنَّهُ نَوى ما يَحتمِلُهُ كلامُهُ، وفيهِ تَشديدٌ على نفسِهِ.

ولو أذنَ لها مرَّةً في قولِهِ: «إلَّا بإذني»، ثُم نَهاها عن الخروجِ قبلَ أنْ تَخرجَ مِنَ الدارِ بإذنِهِ، يَصِحُّ نَهيُهُ، حتى لو خَرَجَتْ بعدَ ذلكَ بغيرِ إذنِهِ يَحنَثُ في يمينِهِ؛ لأنَّهُ صَحَّ رُجوعُهُ عنِ النَّهيِ[1]، واليمينُ باقيةٌ، فجُعِلَ كأنَّهُ لم يأذنْ.

وفي مسألةِ: «حتى آذنَ لكِ»، ثُم نَهاها قَبلَ الخروجِ، فخَرَجَتْ بغيرِ إذنِهِ ثانيًا لا يَحنَثُ؛ لأنَّ اليمينَ سقطتْ بالإذنِ، فلا يُعتبَرُ النهيُ بعدَ ذلكَ.

ثُم الحيلةُ في قولِهِ: «إنْ خَرَجْتِ مِنْ هذهِ الدارِ إلا بإذني»، حتى لا يقعَ الطلاقُ متى

(١) في «أ»: (الإذن).

لم يأذَنْ لها عندَ كلِّ خُروجٍ أنْ يَقولَ لها: «كُلَّما شِئتِ الخروجَ فقدْ أذنتُ لكِ»، حتى يَثبُتَ الإذنُ في كُلِّ خَرجةٍ وُجِدتْ؛ لأنَّ كلمةَ «كُلَّما» تُوجبُ العُمومَ والتكرارَ.

ورَوى المُعلَّى عن محمدٍ أنَّهُ قالَ في قولِهِ: «إلا بإذني»: إذا قال الزوجُ: «قدْ أذنتُ لكِ عَشَرَةَ أيَّامٍ»، فخَرجتْ[1] مِرارًا في العَشَرَةِ؛ فإنَّهُ لا يَحنَثُ.

وكذلكَ لو قالَ: «قدْ أَذِنتُ لكِ أبدًا»، أو «الدهرَ كلَّهُ»، فهذا إذنٌ منهُ في كلِّ مرَّةٍ.

ولو أنَّهُ إذا أذنَ لها إذنًا عامًّا، ثُم نَهاها عنِ الخروجِ بعدَ ذلكَ نهيًا عامًّا عن الخَرجاتِ كلِّها هل يَعملُ نَهيُهُ؟

رُويَ عن محمدٍ أنَّهُ يَعملُ؛ لأنَّ النَّهيَ في الإذنِ الخاصِّ يَعملُ، فكذلكَ في الإذنِ العامِّ[2].

ورُويَ عن أبي يوسفَ أنَّهُ لا يَعملُ نَهيُهُ؛ لأنَّهُ بالإذنِ العامِّ صارتِ الخَرجاتُ كلُّها مأذونًا فيها، والشَّرْطُ هوَ الخُروجُ الحرامُ، فصارَ الشَّرْطُ بحالٍ لا يُتصَوَّرُ وُجودُهُ، فلا يَبقَى اليمينُ، فلا يَصِحُّ النَّهيُ بعدَ ذلكَ، بخِلافِ الإذنِ الخاصِّ.

ولو قال: «إنْ خَرَجْتِ إلَّا بإذنِ فلانٍ»، فماتَ فلانٌ قبلَ الإذنِ، تَبطُلُ اليمينُ عندَ أبي حنيفةَ ومحمدٍ، وقالَ أبو يوسفَ: اليمينُ باقيةٌ، حتى لو خَرجتْ بعدَ ذلكَ يَحنَثُ كما ذَكرنا في مسألةِ الكوزِ.

ولو أَذِنَ لها بالخروجِ مِنْ حيثُ لا تَسمعُ في المسألةِ الأُولى، فخرجتْ بعدَ الإذنِ:

- فإنَّهُ يَحنَثُ عندَ أبي حنيفةَ ومحمدٍ.
- وعندَ أبي يوسفَ لا يَحنَثُ.

---

(١) في «أ» و«ز»: (فدخلت).

(٢) الفتوى على قول محمد في هذه المسألة، انظر «حاشية ابن عابدين» (٣/ ٧٦٠).

فأبو يوسفَ يقولُ: إنَّ هذا إذنٌ مِنْ وَجهٍ دونَ وَجهٍ، فإنَّهُ لا يَحصلُ ما هوَ المقصودُ بالإذنِ، وهوَ العِلمُ المَسموعُ[1]، وشَرْطُ الحِنْثِ هوَ الخُروجُ مِنْ غيرِ إذنٍ مُطلقًا، فلا يَحنَثُ بالشكِّ، وهما يَقولانِ: إنَّهُ حَرَّمَ عليها الخُروجَ عامًّا، واستَثنى خُروجًا مَأذونًا فيهِ مُطلَقًا، وهذا مَأذونٌ مِنْ وَجهٍ، فلم يَكنْ هذا خُروجًا مُستَثنًى، فبَقِيَ داخلًا تحتَ الحُرمةِ.

ولو حَلفَ رجلٌ على زوجتِهِ أو على عبدِهِ، أو سلطانٌ حَلَّفَ رجلًا ألَّا يَخرجَ مِنَ الدارِ أو الكُوْرَةِ[2] إلا بإذنِهِ، فبانَتِ[3] المرأةُ، وزالَ العبدُ عن مِلكِهِ، وعُزِلَ السلطانُ عن عملِهِ، ثُم خَرجوا بغيرِ الإذنِ لم يَحنَثْ، وسَقَطَتِ اليمينُ، وتَتَوَقَّتُ[4] اليمينُ ببقاءِ الوِلايةِ بدلالةِ الحالِ، فإذا زالتِ الولايةُ انتهتِ اليمينُ.

وعلى هذا، الغريمُ إذا حَلَّفَ المَطلوبَ ألَّا يَخرجَ مِنْ بلدِهِ إلا بإذنِهِ، فإنْ خَرَجَ وعليهِ دَينٌ، يَحنَثُ، وإنْ خَرَجَ بعدَ القَضاءِ والإبراءِ، لا يَحنَثُ، وتقيَّدَتِ اليمينُ ببقاءِ الدَّينِ، وهذا مِنْ جُملةِ يَمينِ الفَورِ على ما مَرَّ.

ولو قال لامرأتِهِ: «إنْ خَرَجْتِ مِنَ البيتِ فأنتِ طالقٌ»، فخَرَجَتْ مِنَ البيتِ إلى صَحنِ الدارِ يَحنَثُ؛ لأنَّ البيتَ غيرُ الدارِ؛ لأنَّ البيتَ اسمٌ لِمُسَقَّفٍ واحدٍ، والدارُ اسمٌ لِمَحدُودٍ يجمعُ البيوتَ والمنازلَ.

وعلى هذا إذا قالَ: «إنْ دَخلَ فلانٌ بيتَكِ»، فدخلَ صحنَ دارِها دونَ بيتِها لم يَحنَثْ، ولكنَّ هذا في عُرفِهم، فأمَّا في عُرفِنا فإنَّ اسمَ البيتِ بالفارسيةِ مُطلَقًا يُطلَقُ على الدارِ والمنزلِ، فيَحنَثُ.

---

(١) في «س»: (بالمسموع).

(٢) الكورة بوزن الصورة هي المدينة، انظر «لسان العرب» (كور).

(٣) في «أ»: (ماتت).

(٤) في «أ»: (تتوقف).

ولو قال: «إنْ خَرجتِ مِنَ هذه الدارِ»، فَخرَجَتْ مِنَ الدارِ مِنْ أيِّ بابٍ كانَ، ومِنْ أيِّ مَوضِعٍ، مِنْ فوقِ حائطٍ، أو سطحٍ، أو نَقبٍ، حَنِثَ؛ لأنَّ الخروجَ مِنَ الدارِ قد وُجِدَ، وهوَ الانفصالُ مِنَ الباطنِ إلىٰ الظاهرِ.

ولو قال: «إنْ خَرَجتِ مِنْ بابِ هذهِ الدارِ فأنتِ طالقٌ»، فخرجتْ مِنْ أيِّ بابٍ، كانَ حِنثًا في يَمينِهِ، سواءٌ كانَ مِنَ البابِ القديمِ، أو الذي حدثَ بعدَ اليمينِ؛ لأنَّهُ ذَكَرَ البابَ مُطلَقًا، ولو خَرَجَتْ مِنَ السطحِ، أو فوقَ حائطٍ، أو نقبٍ، لا يَحنَثُ؛ لأنَّهُ ليسَ ببابٍ.

ولو عَيَّنَ البابَ فقالَ: «إنْ خَرَجْتِ مِنْ هذا البابِ...»، لا يَحنَثُ ما لم تَخرُجْ مِنْ ذلكَ البابِ، وإنْ خَرَجَتْ مِنْ بابٍ آخرَ لا يَحنَثُ[1]؛ لأنَّ في التعيينِ فائدةً في الجملةِ؛ لأنَّهُ رُبَّما يكونُ لذلكَ البابِ المُعَيَّنِ مَنفَذٌ إلى الطريقِ الأعظمِ دونَ الثاني.

ولو قال: «إنْ خَرَجْتِ مِنْ هذهِ الدارِ إلَّا في أمرِ كذا»، فخَرَجَتْ في ذلكَ الأمرِ مَرَّةً، ثُم خَرَجَتْ لأمرٍ آخرَ يَحنَثُ؛ لأنَّهُ حَرَّمَ عليها جميعَ الخَرجاتِ، إلَّا خُروجًا مَوصُوفًا بِصِفةٍ، فإذا وُجِدَ منها الخُروجُ المُستثنى لا يَحنَثُ، وإنْ وُجِدَ خُروجٌ آخرُ يَحنَثُ، وإنْ عَنَى بِهِ الخروجَ مَرَّةً يَصِحُّ، وتَصيرُ «إلا» عبارةً عن «حتى» مَجازًا، كأنَّهُ قال: «إنْ خَرجْتِ مِنْ هذهِ الدارِ حتى تخرجَ في أمرِ كذا»، فإذا خَرَجَتْ في ذلكَ الأمرِ يَسقطُ اليمينُ؛ لِوجودِ الغايةِ، لكنْ لا يُدَيَّنُ في القضاءِ؛ لأنَّهُ خِلافُ الحقيقةِ.

ولو قال: «إنْ خَرَجْتِ مِنَ الدارِ معَ فلانٍ فأنتِ طالقٌ»، فخَرَجَتْ وَحدَها، أو معَ غيرِ فلانٍ، ثُم خرجَ فلانٌ ولَحِقَها، لم يَحنَثْ؛ لأنَّ حرفَ «مع» للصُّحبةِ والقِرانِ، ولم يُوجَدْ عندَ الخُروجِ، والدَّوامُ على الخُروجِ ليسَ بخُروجٍ، وإنْ وُجِدَ بَقاءُ الخُروجِ معَ فلانٍ.

---

(١) سقط من «أ» و«س»: (لا يحنث).

ولو قال: «إنْ خَرجْتِ مِنْ هذهِ الدارِ فأنتِ طالقٌ»، فدَخلَتْ في صَحنِ الدارِ، أو بَيتِ عُلْوٍ، أو كَنيفِ شارعٍ إلى الطريقِ الأعظمِ، فإنَّهُ لا يَحنثُ؛ لأنَّهُ لا يُسمَّى خُرُوجًا مِنَ الدارِ.

ولو قال لها وهيَ خارِجةٌ مِنَ الدارِ: «إنْ خَرجْتِ مِنَ الدارِ...»، لا يَحنَثُ، وكذلكَ إذا كانتْ في الدارِ فقالَ: «إنْ دَخلْتِ هذهِ الدارَ...» لا يَحنَثُ، ويَقعُ على خُروجٍ ودُخولٍ مُستأنَفٍ.

وبِمثلِهِ لو قال: «إنْ قُمْتِ»، أو «قَعَدْتِ»، أو «لَبِسْتِ»، أو «رَكِبْتِ»، وهيَ قائمةٌ، أو قاعدةٌ، أو لابسةٌ، أو راكبةٌ، فَدامَتْ على ذلكَ ساعةً يَحنَثُ، وهذا كلُّهُ مذهبُنا.

وقال الشافعيُّ في الدخولِ والخروجِ: إنَّهُ يَقعُ على الدوامِ(١).

والصحيحُ قولُنا؛ لأنَّ الخروجَ هوَ الانتقالُ مِنَ الباطنِ إلى الظاهرِ، والدخولُ على عَكسِهِ، وهذا ممَّا لا دَوامَ لهُ.

وأمَّا الركوبُ ونَظائرُهُ فِفعلٌ له دَوامٌ، فيكونُ لهُ حُكمُ الابتداءِ، وكذا إذا قالَ لها وهيَ في الأكلِ والضربِ فقالَ: «إنْ أَكلْتِ»، أو «ضَربْتِ» فأنتِ طالقٌ»، فَدامَتْ على ذلكَ يقعُ؛ لأنَّ كُلَّ جُزءٍ مِنْ هذا الفعلِ يُسمَّى أَكلًا وضَربًا.

ولو قال لامرأتِهِ وهيَ حائضٌ أو مريضةٌ: «إنْ حِضتِ» أو «مَرِضتِ...»، فإنَّهُ يَقعُ على الحادثِ في العُرفِ، ولو نَوى ما يَحدُثُ مِنَ الحيضِ في هذهِ المُدَّةِ، أو يَزدادُ المَرضُ يَصِحُّ؛ لأنَّ الحيضَ ذو أَجزاءٍ، يَحدُثُ حالًا فحالًا، فتصِحُّ نِيَّتُهُ.

ولو قال: «إنْ حِضتِ غدًا...»، وهوَ لا يَعلمُ أنَّها حائضٌ، فإنَّهُ يَقَعُ على الحيضِ

---

(١) انظر: التهذيب في فقه الإمام الشافعي (٦/ ٦٢)، و المهمات في شرح الروضة والرافعي (٧/ ٤١٢).

الحادثِ، وإنْ كانَ يَعلمُ فإنَّهُ يَقعُ على هذهِ الحيضةِ إذا دامَ الحيضُ مِنها إلى أنْ يَطلعَ الفجرُ، واستمرَّ ثلاثةَ أيّامٍ؛ لأنَّهُ لَمَّا عَلِمَ أنَّها حائضٌ، وقدْ حَلَفَ، فقدْ أرادَ استمرارَ الحيضِ، وما لم يَكنْ ثلاثةَ أيّامٍ لا يَكونُ حَيضًا.

ولو[1] حَلَفَ لا يَدخلُ دارًا، أو بيتًا، أو مَسجِدًا، أو حَمَّامًا، فالدخولُ هوَ الانفصالُ مِنْ خارجِ ذلكَ الشيءِ إلى داخلِهِ، فعلى أيِّ وجهٍ دَخَلَ مِنَ البابِ أو غيرِهِ حَنِثَ؛ لِوُجودِ الدُّخولِ، فإنْ نَزَلَ إلى سَطحِها حَنِثَ؛ لأنَّهُ مِنها، وكذلكَ إذا قامَ على حائِطِها؛ لأنَّ الدارَ اسمٌ لِمَا تَدورُ عليهِ الدائرةُ.

وفي عُرفِنا لا يَحنَثُ[2].

ولو قامَ على ظُلَّةٍ[3] لها شارِعَةٌ، أو كنيفِ شارعٍ، إنْ كانَ مَفْتَحُهُ في الدار حَنِثَ؛ لأنَّهُ يُنسَبُ إليها، وإنْ قام على أُسْكُفَّةِ[4] البابِ، إنْ كانَ البابُ إذا أُغلِقَ إنْ كانتِ الأُسْكُفَّةُ خارجةً منهُ لا[5] يَحنَثُ، وإنْ بَقِيتْ في داخلِ الدارِ حَنِثَ، ولو دَخَلَ دِهلِيزَها[6] يَحنَثُ؛ لأنَّهُ في الداخلِ.

ولو دَخَلَ ظُلَّةَ بابِ الدارِ لا يَحنَثُ؛ لأنَّها اسمٌ للخارجِ.

---

(١) في «ز»: (لهذا لو).

(٢) المتون في المذهب على أن الواقف على السطح يعد داخلًا للبيت؛ قال الزيلعي: «لو حلف لا يدخل دار فلان، فوقف على السطح يحنث؛ لأن السطح من الدار، ألا ترى أن لسطح المسجد حكم المسجد، والمختار أن لا يحنث في العجم؛ لأنَّ الواقف على السطح لا يسمى داخلًا عندهم»، انظر: «تبيين الحقائق» (٣/ ١١٨)، «حاشية ابن عابدين» (٣/ ٧٤٧).

(٣) الظُّلة ما سترك من فوق، انظر «لسان العرب» (ظلل).

(٤) الأُسكُفَّة: عتبة الباب التي يوطأ عليها، انظر «لسان العرب» (سكف).

(٥) سقط من «س»: (لا).

(٦) الدهليز: ما بين الباب والدار، انظر «لسان العرب» (دهلز).

وإنْ أدخلَ الحالِفُ إحدى رِجلَيهِ في الدارِ لا غيرَ لا يَحنَثُ؛ لأَنَّهُ لم يُوجدِ الدخولُ مُطلَقًا، وكذلكَ إذا أَدخلَ رأسَهُ دونَ قَدَمَيهِ.

ولو حَلفَ لا يَدخلُ دارًا، فَدَخَلَ دَارًا بعدَ انهدامِها، ولا بناءَ لها، لا يَحنَثُ.

ولو قال: «لا أَدخلُ هذهِ الدارَ»، ثُم دَخلَها بعدَ ذهابِ البناءِ يَحنَثُ؛ لأنَّ البناءَ وَصفٌ مَرغُوبٌ مُعتادٌ للدارِ، فمتى ذُكِرَ مُنكَّرًا يَقعُ على الدارِ المُتعارفِ، وفي المُعيَّنِ لا تُعتبَرُ الصفةُ، وتُعتبَرُ العينُ، واسمُ الدارِ يقعُ(١) بعدَ الانهدامِ.

ولو قالَ: «لا أَدخلُ هذا المسجدَ»، فدَخلَ بعدَ ذهابِ البناءِ يَحنَثُ؛ لأَنَّهُ مسجدٌ، وإنْ لم يكنْ مَبنيًّا، وقالوا: إذا صَعِدَ سطحَ المسجدِ يَحنَثُ؛ لأَنَّهُ مَسجدٌ.

ولو حلفَ «لا يَدخُلُ بيتًا»، أو«هذا البيتَ»، فَدَخَلَهُ بعدَ ذهابِ بِنائِهِ لا يَحنَثُ؛ لأَنَّهُ اسمٌ للمَبنى المُسَقَّفِ.

وإنْ حَلَفَ لا يَدخلُ بَيتًا، فَدَخَلَ مَسجدًا، أو كعبةً، أو بِيْعَةً(٢)، أو كَنِيسةً، أو بيتَ نارٍ، أو حَمَّامًا، أو دِهْلِيزًا، أو ظُلَّةَ بابِ دارٍ لم يَحنَثْ؛ لأنَّ هذهِ الأشياءَ لا تُسمَّى بَيْتًا في العُرْفِ.

وإنْ دَخلَ صُفَّةً(٣) حَنِثَ، وهذا في عُرفِ أَهلِ الكُوفةِ؛ لأنَّ الصُّفَّةَ عندَهم بيتٌ لهُ أربعُ حَوائطَ، أمَّا التي هيَ صُفَّةٌ في عُرفِنا لا يَحنَثُ.

ولو حَلَفَ لا يَدخلُ مِنْ بابِ هذهِ الدارِ، لا يَحنَثُ ما لم يَدخلْ مِنَ البابِ القديمِ.

ولو حَلفَ لا يَدخلُ مِنْ بابِ الدارِ، فَمِنْ أيِّ بابٍ دَخلَ يَحنَثُ، إلَّا إذا أَرادَ بِهِ البابَ المَعروفَ، فيُدَيَّنُ فِيما بينَهُ وبينَ اللهِ تعالى دونَ القضاءِ.

(١) في «أ»: (يبقى).

(٢) البِيعة: كنيسة النصارى، انظر «مختار الصحاح» (بيع).

(٣) الصُّفَّة من البنيان: شبه البهو الواسع الطويل، انظر «لسان العرب» (صفف).

ولو حَلَفَ لا يَدخلُ دارَ فلانٍ، فدخلَ دارًا بينَ رجلٍ وبينَ فلانٍ، إنْ كانَ فلانٌ ساكِنًا فيها حَنِثَ؛ لأنَّهُ لو كانَ ساكِنًا فيها بالإجارةِ يَحنَثُ، فهاهنا أَوْلَى، وإنْ لم يكنْ ساكنًا لا يَحنَثُ؛ لأنَّ الدارَ مُضافةٌ إليهما؛ لأنَّ بعضَ الدارِ لا يُسمَّى دارًا.

ولو حَلَفَ لا يَزرَعُ أرضَ فلانٍ، فزَرَعَ أرضًا بينَ فلانٍ وبينَ آخرَ حَنِثَ؛ لأنَّ كلَّ جزءٍ مِنَ الأرضِ تُسمَّى أرضًا.

ولو حَلَفَ لا يَدخلُ بيتَ فلانٍ، ولا نِيَّةَ لهُ، فَدَخلَ صحنَ دارِهِ، وفلانٌ فيها ساكِنٌ، لا يَحنَثُ حتى يَدخلَ البيتَ، وإنْ نَوى بقولِهِ: لا يَدخلُ بيتَ فلانٍ مَسكَنَهُ، يَحنَثُ، وهذا على عُرفِهِمْ.

ولو حَلَفَ: لا يَدخلُ هذهِ الدارَ إلَّا مُجتازًا أو عابرَ سبيلٍ:

- فإنْ دَخلَ وهوَ لا يُريدُ الجلوسَ، لا يَحنَثُ؛ لأنَّهُ استثنى الدخولَ بصفةِ الاجتيازِ.

- وإنْ دَخلَ يَعودُ مَريضًا، ومِنْ رأيِهِ الجلوسُ عندَه حَنِثَ؛ لأنَّهُ غيرُ مُستثنًى.

- وإنْ دَخلَ لا يُريدُ الجلوسَ، ثُم بَدا له مِنْ بعدِ ما دَخَلَ، فجَلسَ لم يَحنَثْ؛ لأنَّهُ لم يَحنَثْ بِدُخولِهِ، والبقاءُ على الدُّخولِ ليسَ بدُخولٍ.

- وإنْ نَوى بقولِهِ: لا يدخلُها إلَّا مُجتازًا: النزولَ فيها والدوامَ، لا يَحنَثُ بالجلوسِ؛ لأنَّهُ يُقالُ: «دَخلتُ عابرَ سبيلٍ»، بمعنى أنَّهُ لم يَدُمْ على الدُّخولِ، ولم يَستقرَّ.

ولو حَلَفَ لا يَسكنُ هذهِ الدارَ، وهوَ خارجٌ منها، فالسُّكنَى أنْ يَسكُنَها بنفسِهِ، وينقلَ إليها مِنْ مَتاعِهِ ما يتأَثَّثُ بِهِ ويستعملُهُ في منزلِهِ، وإنْ كانَ لهُ أهلٌ يَنقلُهُ أيضًا، فإذا فعلَ ذلكَ فهوَ ساكنٌ، وهوَ حانِثٌ في يمينِهِ؛ لأنَّ السُّكنَى هوَ السكونُ في المكانِ على طريقِ الاستقرارِ والمداومةِ، وذلكَ يكونُ بما يُسكَنُ بِهِ عادةً، ألَا تَرى أنَّ مَنْ جَلَسَ

في المَسجدِ، وباتَ فيهِ لم يكنْ ساكنًا في المسجدِ، ولو أقامَ فيهِ بِما يُتأَثَّثُ بِهِ يُوصَفُ بكونِهِ ساكنَ المسجدِ، فكانَ مُعتبَرًا في اليمينِ.

ولو كانَ الرجلُ ساكنًا في دارٍ، وحَلَفَ لا يَسكنُها، فإنَّهُ لا يَبَرُّ في يمينِهِ ما لم يَنتقِلْ بنفسِهِ وأهلِهِ وولدِهِ ومتاعِهِ، ومَنْ كانَ يَأوِيها لِخدمتِهِ والقيامِ بأمرِهِ في منزلِهِ؛ لأنَّ السُّكنَى في الدارِ بهذهِ الأشياءِ، فكانَ تَركُ السُّكنَى فيها بِضدِّها، فإذا لم يَأخُذْ بالنُّقلةِ مِنْ ساعتِهِ معَ الإمكانِ، يَحنَثُ في يمينِهِ، ولو أَخَذَ بالنُّقلةِ مِنْ ساعتِهِ لا يَحنَثُ، وإنْ كانَ فيهِ سُكنَى قَليلٌ؛ لأنَّهُ[1] لا يُمكِنُ الاحترازُ عنهُ فكانَ مُستثنًى دَلالةً، وهذا عندَنا خِلافًا لزُفرَ.

ولو انتقَلَ بنفسِهِ، ولم يَنتقِلْ بمتاعِهِ وأهلِهِ، قال أصحابُنا: يَحنَثُ، وقال الشافعيُّ: لا يحنَثُ، والصحيحُ قولُنا؛ لِمَا قُلنا أنَّ السُّكنَى في المكانِ بما يُسكَنُ بِهِ عادةً وبأهلِهِ إنْ كانَ لهُ أهلٌ، فكانَ تَركُ السُّكنَى تَركَ الكلِّ.

بخِلافِ ما إذا حَلَفَ: لا يَسكنُ في بلدِ كذا، فخَرَجَ منهُ، وتَرَكَ أهلَهُ لم يَحنَثْ؛ لأنَّ في العادةِ لا يُقالُ لِمنْ بالبصرةِ وأهلُهُ بالكوفةِ إنَّهُ ساكنٌ بالكوفةِ.

فأمَّا إذا انتقلَ بنفسِهِ وأهلِهِ ومتاعِهِ، وتَركَ مِنْ أثاثِهِ شيئًا قليلًا، فإنَّ أبا حنيفةَ قالَ: يَحنَثُ، وقالَ أبو يوسفَ: إذا كانَ المَتاعُ المَتروكُ لا يَشغلُ بَيتًا أو بَعضَ الدارِ على ما يَتعارَفُهُ الناسُ لا يَحنَثُ، وكانَ أصحابُنا يقولونَ في معنى قولِ أبي حنيفةَ: إذا تَرَكَ شَيئًا يَسيرًا أَعنِي بِهِ ما يُسكَنُ بِهِ ويُعتَدُّ بِهِ في التأَثُّثِ، فأمَّا لو خَلَّفَ فِيها وَتِدًا أو مِكنَسَةً لم يَحنَثْ.

فإنْ مُنعَ مِنَ التحوُّلِ، ومَنَعُوا مَتاعَهُ، وأَوثَقُوهُ، وقَهَرُوهُ، فإنَّهُ لا يَحنَثُ، وإنْ أقامَ على ذلكَ أيَّامًا؛ لأنَّهُ ليسَ بساكِنٍ، وإنَّما هوَ مُسكَنٌ عن إكراهٍ.

---

(١) سقط من «ز»: (لأنه).

وقال محمدٌ: إذا خَرَجَ مِنْ ساعتِهِ وخَلَّفَ مَتاعَهُ كلَّهُ في المَسكَنِ، ومَكَثَ في طَلَبِ المنزلِ أيَّامًا ثلاثًا، فلم يَجِدْ ما يَستأجِرُ، وكانَ يُمكِنُهُ أنْ يَخرجَ مِنَ المنزلِ، ويَضَعَ مَتاعَهُ بخارِجِ الدارِ لا يَحنَثُ؛ لأنَّ هذا مِنْ عَملِ النُّقلةِ عادةً؛ لأنَّ المُعتادَ أنْ يَنتقِلَ مِنْ مَنزِلٍ إلى مَنزِلٍ، لا أنْ يُلقِيَ مَتاعَهُ على الطريقِ.

وقال محمدٌ: لو كانَ الساكنُ مُوسِرًا، ولهُ مَتاعٌ كثيرٌ، وهوَ يَقدرُ على أنْ يَستأجِرَ مَنْ يَنقلُ مَتاعَهُ في يومٍ فلم يَفعَلْ، وجَعلَ يَنقلُ بنفسِهِ الأَوَّلَ فالأَوَّلَ، ومَكَثَ في ذلكَ سنةً، وهوَ لا يَترُكُ الاشتغالَ بالنَّقلِ، فإنَّهُ لا يَحنَثُ؛ لأنَّهُ لا يَلزمُهُ الانتقالُ بأسرعِ الوُجوهِ.

ولو قال: «عَنَيتُ بهِ ألَّا أسكُنَ بنفسِي»، في المسألةِ الأُولى فيما لم يَكنْ ساكِنًا فيها يُصَدَّقُ في القضاءِ؛ لأنَّهُ شَدَّدَ على نفسِهِ، وفي المسألةِ الثانيةِ فيما كانَ ساكِنًا فيها يُصدَّقُ فيما بينَهُ وبينَ اللهِ تعالى دونَ القضاءِ؛ لأنَّهُ نَوى خِلافَ الظَّاهرِ والعادةِ.

ولو حَلَفَ: لا يَدخُلُ على فلانٍ، ولم يُسَمِّ شيئًا، فإنَّهُ يَحنَثُ إلى قَصدِهِ بالدخولِ، وإنْ لم يَقصِدْهُ لا يَحنَثُ، ولهذا قُلنا: إذا دَخَلَ عليهِ في بَيتِ رَجُلٍ آخرَ، ولم يَقصِدْهُ بالدُّخولِ لا يَحنَثُ؛ لأنَّ قَصدَهُ بهذا الاستخفافُ بِهِ، وتَركُ إكرامِهِ، وذلكَ لا يَكونُ إلَّا معَ القَصدِ.

وذَكَرَ ابنُ سِمَاعةَ في «نَوادِرِهِ» ضِدَّ هذا، فقالَ في رجلٍ قال: «واللهِ لا أدخلُ على فلانٍ بيتًا»، فدخلَ بَيتًا على قومٍ، وفيهم فلانٌ، ولا يَعلمُ بِهِ الحالفُ، فإنَّهُ حانثٌ بدخولِهِ؛ لأنَّ الشرطَ وُجِدَ، والعلمُ بشرطِ الحِنثِ ليسَ بشرطٍ في الحِنثِ، كمَنْ حَلَفَ لا يُكلِّمُ زَيدًا وكلَّمَهُ وهوَ لا يعرفُهُ، إلَّا أنَّ ظاهرَ المَذهَبِ ما ذكَرْنا.

ولو دَخَلَ عليهِ في مَسجِدٍ، أو ظُلَّةٍ، أو سَقيفةٍ، أو دِهلِيزِ دارٍ، لم يَحنَثْ؛ لأنَّ الدخولَ المُعتادَ على الإنسانِ للزيارةِ في البيوتِ خاصَّةً، وفي عُرفِ بُخارَى يَحنَثُ في المَسجِدِ؛ لأنَّهم يَجلسونَ فيه للزيارةِ.

ولو دَخَلَ عليهِ فِي خَيمَةٍ أو فُسطَاطٍ أو بيتِ شَعرٍ لم يَحنَثْ، إلَّا أنْ يَكونَ المَحلُوفُ عليهِ مِنْ أهلِ الباديةِ؛ لأنَّ الدُّخولَ على غيرِ البَدويِّ في البيوتِ، وفي حَقِّ البدويِّ ما هوَ بيوتُهم مِنَ الشعرِ.

ولو دَخَلَ في دارِهِ والرجلُ في البيتِ لا يَحنَثُ؛ لأنَّهُ ليسَ بِدُخولِ عليهِ، ولو كانَ في صَحنِ الدارِ حَنِثَ؛ لأنَّهُ دَخَلَ عليهِ عادةً.

ولو دَخَلَ الحالِفُ دَارًا ليسَ فيه فلانٌ، فدَخلَ فُلانٌ تلكَ الدارِ لا يَحنَثُ؛ لأنَّهُ ما دَخَلَ على فُلانٍ، بل فُلانٌ، دَخلَ عليهِ فلا يَحنَثُ.

❁ ❁ ❁

بابُ الأكلِ والشُّربِ

أصلُ البابِ: أنَّ الأكلَ إيصالُ ما يَتأتَّى فيه المضغُ بفمِهِ إلى جوفِهِ، مضغَهُ أو لم يمضغْهُ.

والشُّرب: إيصالُ ما لا يتأتَّى فيه المضغُ إلى جوفه حال وصولِهِ، مثل: الماءِ والنَّبيذِ واللَّبنِ والعسلِ الممزُوجِ.

والذَّوقُ: هو معرفةُ طعْمِ الشَّيءِ المَذُوقِ بفمِهِ، بإيصالِ الشَّيءِ إليه، سواءٌ ابتلَعه أو مجَّهُ مِنْ فمه، فكلُّ أكلٍ فيه ذوقٌ، لكنَّ الذَّوقَ ليس بأكلٍ.

إذا ثبتَ هذا نقولُ: إذا حلفَ «لا يأكلُ أو لا يشربُ» فذاقَ لم يَحنَثْ، وإذا حلفَ لا يذوقُ طعامًا أو شرابًا، فأكلَ أو شربَ، أو أدخلَه في فمِهِ وعرفَ طعمه ثم مجَّه حَنِثَ؛ لوجودِ الذَّوقِ.

ولو حلفَ: «لا يذوقُ شيئًا»، وعنى به أكلَه أو شربَهُ فإنَّه تَصحُّ نيَّته، ولا يَحْنَثُ بالذَّوقِ؛ لأنَّ اسمَ الذَّوقِ قد يقعُ عليهما في العرفِ، يقولُ الرَّجلُ: «ما ذُقتُ اليوم شيئًا»، و«ما ذقتُ إلَّا الماءَ»، يُريدُ به الأكلَ والشُّربَ.

ولو حلفَ: «لا يذوقُ ماءً»، فتمضمض في الوضوءِ، لا يَحْنَثُ في يمينه؛ لأنَّ قصده التَّطهيرُ دونَ معرفةِ الطَّعْمِ.

ولو حلفَ: «لا يأكلُ طعامًا»، فإنَّه يقعُ على اللحمِ والخبزِ والفاكهةِ، وما يُؤكلُ على سبيلِ الإدامِ مع الخبزِ؛ لأنَّ الطَّعامَ اسمٌ لِما يُطعَمُ في اللغةِ، وفي العُرفِ صار اسمًا لِما يُؤكلُ بنفسه أو مع غيره عادةً.

وكذا إذا حلفَ: «لا يأكلُ مِنْ طعامِ فلانٍ»، فأكل شيئًا ممَّا ذكرنا مِنْ طعامِ فلانٍ يَحْنَثُ.

ولو أخذَ نبيذَ فلانٍ أو ماءَهُ، فأكلَ بخبزِ نفسه لا يَحنَثُ؛ لأنَّ هذا يُسمَّى آكلًا طعامَ نفسِهِ عادةً.

ولو حلفَ: «لا يأكلُ هذا اللبنَ»، فأكلَهُ مع الخبزِ حَنِثَ؛ لأنَّ اللبنَ هكذا يُؤكَلُ عادةً، ولو شربَهُ لا يَحنَثُ؛ لأنَّ هذا ليس بأكلٍ.

ولو حلفَ: «لا يأكلُ الرُّمانَ أو العنبَ» فمصَّهُ ورمى بثُفْلِهِ[1] وابتلعَ ماءَهُ لا يَحنَثُ، ولو ابتلعَ العنبَ والرُّمانةَ مِنْ غيرِ مضغٍ يَحنَثُ؛ لأنَّ الأوَّلَ شُربٌ، والثَّاني أكلٌ.

ولو حلفَ: «لا يأكلُ هذا اللبنَ»، فأكلَ ما يتَّخذُ منه مِنَ الجُبنِ والأَقِطِ ونحوهما لا يَحنَثُ؛ لأنَّه قد تغيَّرَ فلا يَبقى له اسمُ العينِ.

وكذا إذا حلَفَ: «لا يأكلُ الكُفُرَّى[2]»، فصار بُسْرًا[3] أو من هذا البُسْرِ فصارَ رُطَبًا، أو رُطَبًا فصارَ تمرًا؛ لأنَّه تغيَّرُ الأوَّلِ.

ولو حلفَ: «لا يأكلُ هذه البيضةَ»، فأكلَ مِنْ فرخٍ خرجَ منها، أو حلفَ: «لا يشربُ مِنْ هذا الخمرِ»، فصارَ خَلًّا فشربَ لا يَحْنَثُ؛ لأنَّه تغيَّرَ عنْ أصلِهِ.

ولو حلفَ: «لا يأكلُ مِنْ لحمِ هذا الحَمَلِ»، أو «هذا الجَدْيِ»، فصار كبشًا أو تيسًا أنَّه يَحْنَثُ؛ لأنَّ العينَ قائمٌ لم يتغيَّرْ، واليمينُ وقعَ على الذَّاتِ المعيَّنِ.

---

(١) الثُّفْل: ثُفْل كلِّ شَيْءٍ وثَافِلُه: مَا استقرَّ تَحتَهُ مِنْ كَدَره، ومَا سَفَل مِنْ كلِّ شَيْءٍ، والثُّفْل: الحَبُّ، انظر «لسان العرب» (ثفل).

(٢) الكَفَرُ والكُفُرَّى والكِفِرَّى والكَفَرَّى والكُفَرَّى: وِعَاءُ طَلْعِ النَّخلِ، وَهُوَ أيضًا الكافُورُ، وَيُقَالُ لهُ: الكُفُرَّى والجُفُرَّى، انظر «لسان العرب» (كفر).

(٣) البُسْرُ: التمر قبل أن يُرْطِبَ لغضاضته، واحدته بُسْرَةٌ، وثمر النخل: أوله طَلْعٌ، ثم خَلالٌ، ثم بَلَحٌ ثم بُسْرٌ ثم رُطَبٌ ثم تَمْرٌ، انظر «لسان العرب» (بسر).

وكذا في غير هذا إذا حلفَ: «لا يُكلِّمُ هذا الشَّابَّ» فكلَّمَه بعدما شاخَ حَنِثَ؛ لأنَّ العينَ لم تتغيَّر.

ولو حلفَ: «لا يُكلِّمُ شابًّا»، فكلَّمَ شيخًا لا يَحنَثُ؛ لأنَّ اليمينَ تقعُ على موصوفٍ منكَّرٍ، فتكونُ الصِّفةُ بمنزلةِ الشَّرطِ.

ولو حلفَ: «لا يذوقُ مِنْ هذا اللبنِ شيئًا»، فصبَّ فيه ماءً فذاقَهُ، رُوي عنْ أبي يوسفَ أنَّه إنْ بقيَ لونُ اللبنِ وطعمُهُ يَحنَثُ، وإنْ كانَ الماءُ أكثرَ، ولو ذهبَ طعمُهُ ولونُهُ لا يَحنَثُ، وإنْ كانَ اللبنُ أكثرَ فاعتُبِرَ في الغلبةِ ظهورُ اللَّونِ والطَّعْمِ دونَ كثرةِ الأجزاءِ، وذكر محمَّدٌ في «الأصل» هذه المسألةَ وقال: إذا كانَ اللبنُ مغلوبًا لا يَحنَثُ، وظاهره يقتضي غلبةَ الأجزاءِ.

فأمَّا إذا اختلطَ المَحلُوفُ عليه بجنسه، بأنْ اختلطَ اللبنُ المحلوفُ عليه بلبنٍ آخَرَ منْ جنسه، قال أبو يوسفَ: إذا كان اللبنُ المحلُوفُ عليه مغلوبًا لا يَحنَثُ؛ لأنَّه في معنى المُستهلَكِ، وقال محمَّدٌ: يحنثُ وإنْ كان مغلوبًا؛ لأنَّ الشَّيءَ لا يَصيرُ مُستهلَكًا بجنسِهِ، وإنَّما يصيرُ مُستهلَكًا بخلافِ جنسِهِ.

وذكر في «الأصل»: رجلٌ حلفَ «لا[١] يأكلُ سَمنًا»، فأكلَ سَويقًا[٢] لُتَّ بسمنٍ ولا نيَّة له، إنْ كانَ يَستبينُ السَّمنُ في السَّويقِ ويوجدُ طعمُهُ حَنِثَ، وإلا فلا؛ لِما قلنا، ومحمَّدٌ إنَّما لم يجعلْ خَلْطَ الجنسينِ استهلاكًا إذا كان[٣] الجنسُ والنَّوعُ والصِّفةُ واحدًا، فأمَّا إذا اختلف النَّوعُ كلبنِ الضَّأنِ ولبنِ المَعْزِ، أو اختلفتِ الصِّفةُ كالماءِ العَذْبِ بالماءِ المالحِ، فإنَّه يَجعلُهُ استهلاكًا، ويَعتبِرُ فيه الغلبةَ كما في الجنسينِ.

---

(١) سقط من «ز»: (لا).
(٢) السَّوِيقُ: مَا يُتَّخذ مِنَ الْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ، انظر «لسان العرب» (سوق).
(٣) في «ز»: (لم يكن).

وإذا حلفَ: «لا يأكلُ لحمًا»، فأيَّ لحمٍ أكلَ حَنِثَ، سوى لحمِ السَّمكِ؛ لأنَّه ناقصٌ في معنى اللَّحميَّةِ، ولو أكلَ شحمَ الظَّهرِ يَحنَثُ؛ لأنَّه لحمٌ سمينٌ.

ولو أكلَ شحمَ البطنِ والألْيَةِ لا يَحْنَثُ؛ لأنَّه لا يُسمَّى لحمًا، وإنْ نوى يَحنَثُ؛ لأنَّ فيه معنى اللَّحمِ مِنْ وجهٍ وهو الدُّسُومةُ.

وفي لحمِ السَّمكِ إذا نوى يَحنَثُ؛ لأنَّه لحمٌ ناقصٌ.

ولو أكلَ ما في البُطونِ سوى شحمِ البطنِ يَحنَثُ، وهذا في عرفهم؛ لأنَّه يُباعُ مع اللَّحمِ، فأمَّا في الموضعِ الذي لا يُباعُ مع اللَّحمِ لا ينصرفُ يَمينُهم إليه فلا يَحنَثُ.

ولو أكلَ لحمَ خنزيرٍ أو لحمَ إنسانٍ أو لحمَ ميتةٍ حَنِثَ؛ لأنَّه لحمٌ حقيقةً، وإنْ كان حرامًا.

ولو أكلَ لحمَ الرَّأسِ مِنَ الحيواناتِ سوى السَّمكِ يَحنَثُ؛ لأنَّه لحمُ عضوٍ مِنَ الحيوانِ.

ولو حلفَ: «لا يأكلُ شحمًا[1]»، فأكلَ شحمَ الظَّهرِ لا يَحنَثُ عند أبي حنيفةَ خِلافًا لهما؛ لأنَّه لحمٌ سمينٌ، ولكنْ تقعُ اليمينُ على شحمِ البطنِ.

ولو حلفَ: «لا يأكلُ رأسًا» أو «لا يشتري...»، إنْ نوى الرُّؤوسَ كلَّها انصرفَ إليه؛ لأنَّه نوى حقيقةَ كلامه، وشدَّد على نفسِهِ، وإنْ لم يكنْ له نيةٌ قال أبو حنيفةَ: يقعُ على رأسِ الغنمِ والبقرِ، وعند زُفَرَ على رأس الإبلِ أيضًا، وقال أبو يوسفَ ومحمَّدٌ: يقعُ على رأسِ الغنمِ خاصَّةً، وقيل: هذا اختلافُ عصرٍ وزمانٍ، ويُعتبَرُ العرفُ والعادةُ في كلِّ بلدٍ.

---

(١) في «س»: (لحمًا شحمًا).

وإذا حلفَ: «لا يأكلُ بيضًا»، إنْ نوى بيضَ كلِّ شيءٍ يقعُ عليه؛ لأنَّه نوى حقيقةَ كلامِهِ، وفيه تشديدٌ، وإنْ لم يكن له نيةٌ ينصرفُ إلى بيضِ الطَّيرِ(١) والدَّجاجِ والإوَزِّ بدَلالةِ العُرفِ.

ولو حلفَ: «لا يأكلُ فاكهةً»، فهذه المسألةُ على ثلاثةِ أوجهٍ:

ـ في وجه يَحنَثُ بالاتِّفاقِ، وهو أنَّه يقعُ على ثمرِ كلِّ شجرٍ سوى العنبِ والرُّطَبِ والرُّمانِ، ويستوي في ذلكَ الرَّطِبُ واليابِسُ؛ لأنَّها اسمٌ لما يُتفكَّهُ به ويُؤكَلُ قبلَ المائدة وبعدَها.

ـ وفي وجهٍ لا يَحنَثُ بالاتِّفاقِ، وهو أنْ يأكلَ القِثَّاءَ والخِيارَ والخَوخَ(٢) والجَزرَ؛ لأنَّها تُؤكلُ مع البقولِ.

ـ وفي وجهٍ اختلفوا فيه وهو العنبُ والرُّطَبُ والرُّمانُ، إذا لم يكنْ له نيةٌ لا يَحنَثُ عند أبي حنيفةَ، وعلى قولهما: يَحنَثُ، وإنْ نوى هذه الأشياءَ عند الحَلِفِ يَحنَثُ بالإجماع، ومشايخنا قالوا: هذا اختلافُ عُرفٍ وزمانٍ؛ لأنَّ في زمانِ أبي حنيفةَ لا يعدُّونَها مِنْ جملةِ الفواكهِ، فأفتى على عُرفِ زمانه، وتغيَّرَ العرفُ في زمانِهما، وفي عرفنا ينبغي أنْ يَحنَثَ في يمينِهِ أيضًا.

ولو حلفَ: «لا يأكلُ فاكهةً يابسةً»، فأكلَ الجوزَ واللَّوزَ والتِّينَ ونحوَها يَحنَثُ، وفي عرفنا في الجوزِ لا يَحنَثُ؛ لأنَّه لا يُتفكَّهُ بالجوزِ اليابسِ.

ولو حلفَ: «لا يأكلُ حُلوًا»، أو حلاوةً، فأكلَ السُّكَّرَ والفَانِيذَ(٣) وكلَّ شيءٍ

---

(١) في «س»: (البط).

(٢) في «أ» و«س»: (والحرح).

(٣) الفَانِيذُ: ضَرْبٌ مِنَ الحَلْوَاءِ، فَارِسِيٌّ مُعَرَّبٌ، انظر «لسان العرب» (فنذ).

فيه حلاوةٌ ليس مِنْ جنسه حامضٌ يَحنَثُ، المُتَّخَذُ وغيرُ المُتَّخَذِ سواءٌ، كالفَالَوْذَجِ[١] والخَبِيصِ[٢] والنَّاطِفِ[٣].

ولو أكَلَ شيئًا حُلوًا مِنْ جنسهِ حامضٌ، مثلَ العنبِ والرُّمانِ الحُلوِ والتُّفاحِ الحُلوِ لا يَحنَثُ، وهذا في عرفهم، وفي عرفنا إذا كان اليمينُ على الحلاوةِ والحُلوِ فكذلك، فأمَّا في الحلواءِ تقعُ على المصنوعِ مِنَ الحلاوةِ وحدها أو مع غيرها، كالخَبِيصِ والنَّاطِفِ، أمَّا لا يقعُ على السُّكَّرِ والفَانِيذِ على الانفرادِ.

ولو حلفَ: «لا يأكلُ الحِنطةَ»، يقعُ[٤] على أَكْلِ عينِهَا مقليَّةً أو مطبوخةً، ولا يَقعُ على الخبزِ وما يُتَّخَذُ مِنَ الدَّقيقِ، وعلى قولهما يقعُ على ما يُتَّخَذُ منها، ولو أكلَ مِنْ عينِهَا، فعنهما روايتانِ.

وأصلُ المسألةِ: أنَّ الكلامَ إذا كانَ له حقيقةٌ مُستعملةٌ ومجازٌ متعارَفٌ، فالعملُ بالحقيقةِ أولى عند أبي حنيفةَ، وعندهما العملُ بعمومِ المجازِ أولى، وهذا ممَّا يُعرَفُ في «الجامعِ الكبيرِ» فيمَنْ حلفَ لا يَشربُ مِنَ الفراتِ، أو مِنْ هذا النَّهرِ، فعند أبي حنيفةَ يقعُ على الشُّربِ كَرْعًا، حتى لو اغترفَ بإناءٍ أو بيدهِ لا يَحنَثُ، وعندهما يقعُ عليهما؛ لعمومِ المجازِ.

ولو حلفَ: «لا يشربُ مِنَ الجُبِّ أو البئرِ»، وهو غيرُ مَلآنٍ، فشربَ بيدِهِ أو بإنائِهِ يَحنَثُ؛ لأنَّه لا يُمكِنُ الشُّربُ كَرْعًا.

---

(١) الفَالَوْذُ مِنَ الحَلْوَاءِ: هُوَ الذِي يُؤْكَلُ، يُسوَّى مِنْ لُبِّ الحِنطَةِ، فَارِسِيٌّ مُعَرَّبٌ، وقال الجَوْهَرِيُّ: الْفَالَوْذُ والفالوذَقُ مُعَرَّبَانِ؛ قَالَ يَعْقُوبُ: وَلَا يُقَالُ الْفَالَوْذَجُ، انظر «لسان العرب» (فلذ).

(٢) الخَبِيصُ: الحَلْواءُ المَخْبُوصةُ مَعْرُوفٌ، والخَبِيصةُ أَخصُّ مِنْهُ، انظر «لسان العرب» (خبص).

(٣) النَّاطفُ: السَّائِل من الْمَائِعَات، وَضربٌ من الْحَلْوَى يُصنعُ مِنَ اللوزِ والجوزِ والفستقِ، وَيُسمَّى أيضًا القُبَّيطُ، انظر «المعجم الوسيط» (نطف).

(٤) في «س»: (عند أبي حنيفة يقع).

ولو حَلفَ: «لا يَأكلُ مِنْ هذا الدَّقيقِ» فأكَلَ ممَّا يُتَّخَذُ منه يَحنَثُ؛ لأنَّ عينَهُ لا تُؤكَلُ.

وعلى هذا إذا حَلفَ: «لا يأكلُ مِنْ هذهِ الشَّجرةِ»، فأكلَ مِنْ ثمرِهَا يَحنَثُ؛ لأنَّ عينَها لا تُؤكَلُ.

ولو حلفَ: «لا يأكلُ ولا يَشربُ ولا يَلبَسُ»، ونوى طعامًا خاصًّا وشرابًا خاصًّا وثوبًا خاصًّا، فإنَّه لا يُصدَّقُ؛ لأنَّه نوى مقتضى كلامِهِ، ولا عُمومَ له.

ولو قال: «لا آكلُ طَعامًا» و«لا ألبسُ ثَوبًا»، ونوى طعامًا بعينِه ونوى ثوبًا بعينِه يُصدَّقُ؛ لأنَّه نوى تخصيصَ الملفوظِ.

ولو حلفَ: «لا يأكلُ إدامًا»، فهذا على ثلاثةِ أوجهٍ[1]:

- أنَّ كلَّ ما يَصطبِغُ به ويلتزِقُ بالخبزِ، كالزَّيتِ والخَلِّ يَحنَثُ بالاتِّفاقِ؛ لأنَّ هذه الأشياءَ تصيرُ تبعًا للخبزِ، ولا تُؤكلُ مقصودةً بنفسها، والإدَامُ اسمٌ لهذا.

- وإنْ أكلَ مع الخبزِ عِنبًا وسائرَ الفواكِهِ والبقولِ لا يَحنَثُ بالاتِّفاق؛ لأنَّها لا تُؤكَلُ إدامًا مقصودًا، بل هي تبعٌ للأكلِ مع الإدامِ.

- وإنْ أكلَ مع الخبزِ الجبنَ واللَّحمَ والبيضَ، فعلى قولِ أبي حنيفةَ وأبي يوسف لا يَحنَثُ، ولا يكونُ ذلك إدَامًا.

- ولو أكلَ الخبزَ مع الملحِ[2] يَحنَثُ؛ لأنَّه تبعٌ، ولو أكلَ الأرزَّ والعصائِدَ[3] لا

---

(١) بل هي أربعة وجوه كما سيأتي.

(٢) في «ز»: (اللحم).

هذا ويعدُّ الملح من الإدام وإن كان لا يؤكل وحده عادة، لكنه يذوب في الفم، فيحصل الاختلاط في الخبز، انظر «مجمع الأنهر» (١/ ٥٦٢).

(٣) عَصَدَ الشيءَ لَوَاهُ، والعصيدة: هو دَقِيقٌ يُلَتُّ بِالسَّمْنِ وَيُطْبَخُ، انظر «لسان العرب» (عصد).

يَحنَثُ؛ لأنَّه يُؤكَلُ مَقصودًا في العُرفِ، وإنْ كان في موضعٍ يُؤكَلُ تبعًا للخبزِ يكونُ إدامًا عند محمَّدٍ، والمسألةُ معروفةٌ.

ولو حلفَ: «لا يأكلُ شِواءً»، ونوى أكلَ كلِّ مشويٍّ يَحنَثُ؛ لأنَّه نوى حقيقةَ كلامِه، وإنْ لم تكنْ له نيةٌ تنصرِفُ إلى اللحمِ المشويِّ؛ لأنَّ الاسمَ له عادةٌ.

ولو حلفَ: «لا يأكلُ طَبيخًا»، ولا نيةَ له، تَنصرفُ إلى اللحمِ المطبوخِ، وإلى المَرَقَةِ المُتَّخذَةِ منه؛ لما فيها مِنْ أجزاءِ اللحمِ؛ لأنَّ الطَّبيخَ في العرفِ اسمٌ لهذا، والعبرةُ للعرفِ في البابِ، واللهُ أعلمُ.

❁ ❁ ❁

بابُ من اليمين على أشياءَ مختلفة

في البابِ فصولٌ مختلفةٌ ومسائلُ متفرِّقةٌ.

إذا قال الرَّجلُ: «عبدُه حرٌّ إنْ وَهبتُ لفلانٍ شيئًا»، أو «تصدَّقتُ عليه»، أو «أعرتُه»، أو «أعطيتُه»، أو «نحلتُه»، أو «أقرضتُه»، ثم فعلَ ذلكَ ولم يقبلِ المَحلُوفُ عليه، فإنَّه يَحنَثُ.

وإنْ حلفَ على عقدٍ فيه بدلٌ، مثلُ: البيعِ والإجارةِ والصَّرفِ والسَّلَمِ ونحوِها ففعل الحَالِفُ ولم يقبلِ الآخَرُ لا يَحنَثُ؛ لأنَّ الأوَّلَ تمليكٌ مِنْ أحدِ الجانبينِ، إلا أنَّ القَبولَ شرطٌ لثُبوتِ الحُكمِ في حقِّه، فقد وُجِدَ ما يَنطلِقُ عليه الاسمُ فيَحنَثُ.

والفصلُ الثَّاني: تمليكٌ مِنَ الجانبينِ لغةً وشَرعًا، فلا يتحقَّقُ الاسمُ إلا بوجودِ الإيجابِ مِنْ أحدِهما والقَبولِ مِنَ الآخَرِ.

ولو باعَ بيعًا فاسدًا يَملِكُ به إذا قبضَ، أو صحيحًا وقَبِلَ يَحنَثُ؛ لأنَّ اسم البيعِ لغةً يقعُ على الفاسدِ والصَّحيحِ جميعًا.

ولو باعَ بيعًا فيه خِيارٌ للبائعِ أو للمشتري حَنِثَ عند محمَّدٍ، وعند أبي يوسفَ لا يَحنَثُ؛ لأنَّه مع الخِيارِ لا يَنعقدُ سببًا، ومحمَّدٌ يقولُ: إنَّه انعقدَ سببًا، لكنْ تأخَّرَ حُكمه، فهو كالبيعِ الفاسدِ.

ولو قال: «واللهِ لا أتزوَّجُ اليوم»، ولا نيةَ له، فتزوَّجَ نِكاحًا فاسدًا لا يَحنَثُ استحسانًا؛ لأنَّ المقصودَ هو الحِلُّ في العقدِ المُضَافِ إلى المستقبلِ، فيُقيَّدُ بالصَّحيحِ بخلاف البيعِ؛ لأنَّ المقصودَ ثَمَّ هو المِلْكُ.

وكذا إذا حلفَ: «لا يُصلِّي»، يقعُ على الصَّحيحِ؛ لأنَّ المقصودَ هو التَّقرُّبُ، فلا يحصلُ في الفاسدِ.

وأمَّا إذا حلفَ في الماضي بأنْ قالَ: «واللهِ ما تزوَّجتُ» أو «ما صلَّيتُ»، فإنَّه يقعُ على الفاسدِ أيضًا؛ لأنَّ الغرضَ هو الإخبارُ، والاسمُ يَقعُ عليهما.

ولو حلفَ: «لا يصلِّي»، فكبَّرَ ودخل في الصَّلاةِ، لا يَحنَثُ ما لم يُقيِّدْ بالسَّجدَةِ استحسانًا؛ لأنَّها أفعالٌ مختلفَةٌ، فما لم يُوجَدِ الكلُّ لا يُسمَّى مُصلِّيًا.

ولو حلف: «لا أصلِّي صلاةً»، لا يَحنَثُ ما لم يُصَلِّ ركعتينِ؛ لأنَّ أدنى الصَّلاةِ ركعتانِ.

ولو حلف: «لا يصلِّي الظُّهرَ»، لا يَحنَثُ ما لم يَقعُدِ القَعْدَةَ الأخيرةَ؛ لأنَّ صلاةَ الظُّهرِ مقدَّرَةٌ بالأربعِ.

ولو حَلفَ: «لا يَصومُ»، فأصبحَ صائمًا حَنِثَ؛ لأنَّه يُسمَّى صائمًا.

ولو حَلفَ: «لا يَصومُ صَومًا»، لم يَحنَثْ ما لم يَصمِ اليومَ؛ لأنَّ أقلَّ الصَّومِ الشَّرعيِّ يومٌ كاملٌ.

ولو حَلفَ: «لا يَحجُّ أو لا يَحجُّ حجَّةً»، لا يَحنَثُ حتى يطوفَ طوافَ الزِّيارةِ؛ لأنَّ الحجَّ عبارةٌ عنْ أجناسِ أفعالٍ، فيكونُ اسمُ الحجِّ واقعًا على الكلِّ حقيقةً لا على البعضِ، وللأكثرِ حُكمُ الكلِّ.

ولو حَلفَ: «لا يَعتمرُ»، فأحرمَ وطافَ أربعةَ أشواطٍ حَنِثَ؛ لأنَّه وُجِدَ الأكثرُ.

ولو جَامعَ حتى فسدَ الحجُّ لا يَحنَثُ؛ لأنَّ اليمينَ انعقدتْ على الحجِّ الذي هو قُربةٌ، والفاسدُ ليسَ بِقُربةٍ.

وكذلكَ إذا حَلف: «لا يَصومُ صومًا»، فأفطرَ لا يَحنَثُ؛ لأنَّه لم يُوجَدِ الصَّومُ التَّامُّ.

ولو حَلفَ: «لا يَصومُ»، فصامَ ساعةً ثم أفطرَ يَحنَثُ؛ لأنَّ الحِنْثَ قد حصلَ بصومِ ساعةٍ، فبالإفطارِ لا يَبطُلُ الحِنْثُ، وإنْ فسدَ الصَّومُ مِنَ الأصلِ.

وإنْ حَلفَ: «ليُفطِرنَّ عند فلانٍ»، فأفطرَ بالماءِ في منزله ثم تَعشَّى عند فلانٍ يَحنَثُ؛ لأنَّ شَرْطَ برِّهِ الإفطارُ عند فلانٍ، وهو اسمٌ لِما يُضادُّ الصَّومَ، وذلك حصلَ في منزلِهِ، وإنْ نوى به العَشَاءَ عند فلانٍ لا يَحنَثُ؛ لأنَّه نوى المُتَعارَفَ، يقال: فلانٌ يُفطِرُ عند فلانٍ، إذا كان يَتعشَّى عنده، وإنْ كان أصلُ الفِطْرِ يَقعُ في منزلِهِ.

وإذا حَلفَ: «لا يَلبَسُ مِنْ غزْلِ فلانةٍ شيئًا»، ولا نيةَ له، فلبسَ ثوبًا غَزَلَتهُ فلانةٌ حَنِثَ في يمينه؛ لأنَّ الغَزلَ عينُهُ لا يُلبَسُ، فيَقعُ على ما يُصنَعُ منه وهو الثَّوبُ، ولو نوى الغَزلَ بعينه لا يَحنَثُ إذا لبسَ ثوبًا؛ لأنَّه نوى حقيقةَ كلامِهِ.

ولو حَلفَ: «لا يَلبِسُ ثوبًا مِنْ غزلِ فلانةٍ»، يَقعُ على الثَّوبِ، ولو نوى الغَزلَ لا يُصدَّقُ.

ولو حَلفَ: «لا يَلبِسُ ثوبًا مِنْ غَزلِ فلانةٍ»، فلبسَ ثوبًا مِنْ غزلِهَا وغزلِ غيرها لا يَحنَثُ؛ لأنَّ الثَّوبَ اسم لشيءٍ مقدَّرٌ، فلا يَقعُ على بعضِهِ.

ولو حَلفَ: «لا يَلبَسُ مِنْ غزلِ فلانةٍ»، فلبسَ ثوبًا مِنْ غزلِهَا وغزلِ غيرها حَنِثَ؛ لأنَّ البعضَ يُسمَّى غزلًا.

ولو حَلفَ: «لا يَلبِسُ مِنْ غزلِ فلانةٍ»، فلبسَ ثوبًا دَخاريصه[1] أو تلابيبه[2] مِنْ غزلِ فلانةٍ يَحنَثُ؛ لأنَّ هذا القدرَ صارَ ملبوسًا مِنْ غزلِهَا بلِبْسِ الثَّوبِ.

---

(١) الدِّخْرِصةُ والدِّخْرِيصُ مِنَ الْقَمِيصِ والدِّرْع: وهو مَا يُوصَل بِهِ البدَنُ ليُوَسِّعَه، انظر «لسان العرب» (دخرص).

(٢) المُتَلَبِّبُ: الذِي تَحَزَّم بِثَوْبِهِ عِنْدَ صَدْرِهِ، وكلُّ مَنْ جَمَعَ ثَوْبَهُ مُتَحَزِّمًا، فَقَدْ تَلَبَّبَ بِهِ، والتَّلْبِيبُ: مَجْمَعُ مَا فِي مَوْضِعِ اللَّبَب مِنْ ثِيَابِ الرَّجُلِ، انظر «لسان العرب» (لبب).

ولو لبسَ زِرًّا أو عُروةً مِنْ غزلِها لا يَحنَثُ؛ لأنَّ الزِّرَّ لا يصيرُ ملبوسًا بلبسِ القميصِ.

ولو لبسَ تِكَّةً مِنْ غزلِهَا، لا يَحنَثُ عند أبي يوسفَ؛ لأنَّه يُقالُ: شَدَّ التِّكَّةَ، ولا يُقالُ: لَبِسَ، وعند محمَّدٍ يَحنَثُ.

ولو حَلفَ: «لا يَلبِسُ ممَّا يَشتريه فلانٌ»، فاشتراهُ فلانٌ مع آخَرَ لم يَحنَثْ؛ لأنَّه لَبِسَ بعضَ ثوبٍ اشتراهُ فلانٌ لا كلَّه.

ولو حَلفَ: «لا يأكلُ ممَّا يشتريه فلانٌ»، فاشتراهُ فلانٌ مع غيره، فأكلَ هذا منه حَنِثَ؛ لأنَّه قد أكلَ ممَّا اشتراهُ فلانٌ؛ لأنَّه يَقعُ على البعضِ.

ولو حَلفَ: «لا يَلبَسُ مِنْ نَسجِ فلانٍ»، فنسجه فلانٌ مع غيره حَنِثَ، ولو حَلفَ «لا يَلبَسُ مِنْ ثوبٍ نسجَه فلانٌ»، لا يَحنَثُ إذا نسجه مع غيره؛ لما قلنا.

ولو حَلفَ: «لا يأكلُ مِنْ طبيخِ فلانٍ»، فأكلَ ممَّا طَبَخَ فلانٌ وغيرُه حَنِثَ؛ لأنَّ كلَّ جزءٍ مِنَ الطَّبيخِ طَبْخٌ.

ولو قال: «لا آكُلُ مِنْ قِدْرٍ طبخها فلانٌ»، فأكلَ ممَّا طبخَ فلانٌ مع غيره لا يَحنَثُ؛ لأنَّ كلَّ جزءٍ مِنَ القِدْرِ ليسَ بِقِدْرٍ.

ولو قالَ: «لا آكلُ خبزَ فلانٍ»، فأكلَ خبزًا مشتركًا بينه وبين غيره حَنِثَ؛ لأنَّ كلَّ جزءٍ يُسمَّى خُبزًا.

ولو حَلفَ: «لا يأكلُ رغيفًا لفلانٍ»، فأكلَ رغيفًا مشتَركًا لا يَحنَثُ؛ لأنَّ بعضه لا يُسمَّى رغيفًا.

ولو حَلفَ: «لا يأكلُ ممَّا خَبزَ فلانٌ» أو «ممَّا طَبَخَ فلانٌ»، فالخَابِزُ هو الذي يَضرِبُ الخبزَ في التَّنورِ دون مَنْ عَجَنهُ وبَسَطَهُ، والطَّابخُ هو الذي يُوقِدُ النَّارَ دونَ الذي يَنصِبُ القِدْرَ ويَصبُّ الماءَ واللَّحمَ فيه، وإنَّما ذلكَ مقدماتُه؛ لأنَّ الطَّبخَ ما يَنضجُ به اللحمُ، وذلك يَحصلُ بالإيقادِ.

ولو حَلفَ: «لا يَأكلُ مِنْ كَسْبِ فلانٍ»، فالكسبُ ما يَصيرُ مِلْكًا للإنسانِ بفعله أو بقوله، مثلُ: الاستيلاءِ والاصطيادِ والبيعِ وغيرها؛ لأنَّه لا بدَّ مِنَ القبولِ في حقِّ المِلك[١] في الأسبابِ الشَّرعيَّةِ التي يَثبُتُ بها المِلْكُ مِنْ غيرِ صنعِهِ.

ولو ماتَ المحلوفُ عليه وتركَ أكسابَهُ فورثَهُ الحالِفُ فأكلَ حَنِثَ؛ لأنَّه أكلَ مِنْ أكسابِ المحلُوفِ عليه؛ لأنَّه لا يَصيرُ كسبًا للوارِثِ، فلم تنقطعِ الإضافةُ عَنِ الأوَّلِ.

ولو باعَ المَحلوفُ عليه كسبَهُ مِنْ رجلٍ، فأكلَ منه الحالفُ لا يَحنَثُ؛ لأنَّه صار كسبًا للمشتري، فانقطعتِ الإضافةُ عَنِ الأوَّلِ.

ولو حَلفَ: «لا يَجلِسُ على الأرضِ»، فجلسَ على شيءٍ حائلٍ بينه وبينَ الأرضِ كالبَوَارِيِّ[٢] والبِساطِ، فإنَّه لا يَحنَثُ؛ لأنَّه يُقالُ: جلسَ على البِساطِ دون الأرضِ، ولو جلسَ على ثيابه حَنِثَ؛ لأنَّه تبعٌ للجالسِ، ويُسمَّى جَالسًا على الأرضِ لا على ثيابِهِ.

ولو حَلفَ: «لا يَجلِسُ على هذا البساطِ»، فبسط فوقَه بِساطًا آخَرَ فجلسَ عليه لا يَحنَثُ؛ لأنَّه انقطعتِ الإضافةُ عَنِ الأوَّلِ.

ولو حَلفَ: «لا يَجلسُ على هذا الفراشِ»، أو «لا ينامُ عليه»، فجعل فوقَه فِراشًا آخَرَ لا يَحنَثُ عند محمَّدٍ؛ لِما قلنا، وقال أبو يوسفَ: يَحنَثُ؛ لأنَّه تحصلُ به زيادةُ توطئةٍ ولِينٍ، فيكونانِ مقصودَينِ بالنَّومِ عليهما.

وأجمعوا أنَّه إذا حَلفَ «لا يَجلسُ على الفِراشِ»، فجعلَ فوقَهُ مِخْبَسًا[٣] أو قِرَامًا[٤]

---

(١) في «س»: (الأحكام)، وفي «أ»: (الحكم).

(٢) هي الْحَصِيرُ الْمَنْسُوجُ مِنَ الْقَصَبِ، انظر «لسان العرب» (بور).

(٣) المِخْبَسُ: المِقْرَمَةُ يَعْنِي السِّتْرَ، وَقَدْ حَبَسَ الفِراشَ بالمِحْبَس، وهي المِقْرَمَةُ الَّتِي تُبْسَطُ على وَجْهِ الفِراشِ لِلنَّوْمِ، انظر «لسان العرب» (حبس).

(٤) القِرَامُ: ثَوْبٌ مِنْ صُوفٍ مُلَوَّنٍ فيه أَلوان مِنَ العِهن، وهو صَفِيقٌ يُتَّخَذُ سِترًا، انظر «لسان العرب» (قرم).

حَنِثَ؛ لأنَّ ذلك تبعٌ للفراشِ.

ولو حَلفَ: «لا يجلسُ على هذا السَّريرِ» و«الدُّكَّانِ» و«السَّطحِ»، فجعلَ فوقَهُ مُصلًّى أو بِساطًا أو فِراشًا ثم جلس عليه حَنِثَ؛ لأنَّ السَّريرَ يُجلَسُ عليه هكذا غالبًا.

ولو جعلَ فوق السَّريرِ سَريرًا، أو فوقَ السَّطحِ سطحًا لا يَحنَثُ؛ لأنَّ الجلوسَ يُضافُ إلى الثَّاني دونَ الأوَّلِ.

ولو نوى الجلوسَ على اللَّوحِ والسَّطحِ، يُصدَّقُ فيما بينه وبينَ اللهِ تعالى؛ لأنَّه خِلافُ المُعتادِ وإنْ كانَ حقيقةً.

ولو حَلفَ: «لا يَجلِسُ على ألواحِ هذا السَّريرِ»، فجلسَ على بِساطٍ فوقه لا يَحنَثُ؛ لأنَّه لم يَجلِسْ على اللَّوحِ.

ولو حَلفَ: «لا يَجلِسُ على الأرضِ»، فجلسَ على صحنِ السَّطحِ حَنِثَ؛ لأنَّ ذلك يُسمَّى أرضَ السَّطحِ.

ولو حَلفَ: «لا يفعلُ كذا»، فأمَرَ غيرَه ففعل يُنظَرُ، إنْ كان فعلًا له حقوقٌ تتعلَّقُ بالفاعلِ، فإنَّه يُشترَطُ وجودُ الفعلِ مِنَ الفاعلِ حقيقةً، ولا يقومُ فعلُ الآمِرِ مَقامَ فعلِهِ، كالبيعِ والشِّراءِ والإجارةِ والقِسمَةِ؛ لأنَّ حقوقَ هذه العقودِ تَختصُّ بالعاقِدِ المُبَاشِرِ دُون الآمِرِ، ولهذا قالوا: إنَّ الوكيلَ إذا كان هو الحالِفُ يَحنَثُ؛ لأنَّ حقوقَ العقدِ راجعةٌ إليه، إلا إذا كان الحالفُ ممَّنْ لا يلي هذه الأفعالَ بنفسه، كالقاضي والسُّلطانِ ونحوهما.

وإنْ كان فعلًا لا تَتعلَّقُ حقوقُه بالعاقِدِ، وإنَّما تَتعلَّقُ بالآمِرِ، أو ليس له حقوقٌ كالنِّكاحِ والطَّلاقِ والكتابة والضَّربِ والذَّبحِ والقتلِ والهبةِ والصَّدقةِ والكِسوةِ والقضاءِ والاقتضاءِ والخُصومةِ والشَّرِكَةِ بأنْ قالَ: «لا أشارِكُ فلانًا»، فأمرَ إنسانًا بأنْ يُشارِكَهُ مع فلانٍ ويَعقِدَ معه عقدَ الشَّركةِ نيابةً عنه، إذا فعلَ هذه الأفعالَ بنفسِهِ، أو أمرَ غيره ففعلَ حَنِثَ.

ورُوي عنْ أبي يوسفَ في الصُّلْحِ روايتانِ، فإنْ قال فيما لا تَتعلَّقُ حقوقُهُ بالمبَاشرِ: «نويتُ أنْ أباشرَ ذلك بنفسي»، قال في «الجامعِ الصَّغيرِ»: يُديَّنُ فيما بينه وبينَ اللهِ تعالى دونَ القضاءِ؛ لأنَّه نوى غير الظَّاهرِ، وقال أبو يوسفَ ومحمَّدٌ: إذا حلفَ «لا يَضربُ عبدَهُ أو لا يذبَحُ شاةً»، فأمرَ إنسانًا ففعلَ وقال: «عنيتُ أنْ أباشرَ ذلكَ بنفسي»، فإنَّه يُصدَّقُ في القضاءِ؛ لأنَّه نوى حقيقةَ كلامِهِ[1].

ولو حَلفَ: «لا يشتري دابَّةً أو لا يَركَبُ دابَّةً»، فهي على ما يركبُهَا النَّاسُ في حوائِجِهم، وهي الفرسُ والحِمارُ والبَغلُ دون البقرِ والإبلِ؛ لأنَّها في حقيقةِ اللُّغةِ اسمٌ لِما يَدُبُّ على وجهِ الأرضِ، فإنَّه غيرُ مرادٍ، فكانَ المرادُ ما هو المعتادُ عند النَّاسِ.

ولو حَلفَ: «لا يَركَبُ فرسًا»، فهو على العربيِّ، والبِرْذَوْنُ[2] يَقعُ على الأعجميِّ، والخيلُ اسم جنسٍ يَقعُ عليهما.

ولو حَلف: «لا يَركَبُ مَركَبًا»، ولا نيَّةَ له، فهو على كلِّ ما يُركَبُ مِنَ السَّفينةِ والدَّوابِّ وغيرهما، وهذا في عُرفهم، فأمَّا في عرفنا يَقعُ على الفرسِ.

ولو حَلفَ: «لا يُكلِّمُ فلانًا»، فناداهُ مِنْ بعيدٍ وهو حاضرٌ في مكانٍ بعيدٍ، إنْ كانَ في موضعٍ لو أصغى إليه أُذُنَهُ يَسمَعُهُ، فإنَّه يَحنَثُ في يمينه.

وإنْ لم يَسمعْهُ لاشتغالِهِ بأمرٍ آخَرَ، أو كانَ في موضعٍ لا يَسمعُهُ لبعدِهِ، فإنَّه لا يَحنَثُ.

وكذا إذا كان أَصمَّ يَحنَثُ.

---

(١) نصُّ المسألة في «الجامع الصغير»: «إذا حلف: «لَا يضْربُ عَبده» أو «لا يذبح شاته»، فَأمر غَيرَه ففعل وَقَالَ: «عنيتُ أَلا أفعل ذَلِك بنفسي»، دِينَ فِي القَضَاءِ»، انظر «الجامع الصغير» (١/ ٢٧٤).

(٢) البِرْذَوْنُ: يُطلَقُ على غير الْعَرَبِيّ مِنَ الخَيلِ والبِغَالِ مِنَ الفصيلةِ الخيليَّةِ، عَظِيمَ الخِلقَةِ، غليظَ الأعْضَاءِ، قويَّ الأرجلِ، عَظِيمَ الحوافرِ، انظر «المعجم الوسيط» (برذن).

ولو أصغى إليه أذنَهُ لا يَسمَعُ لا يَحنَثُ؛ لأنَّ تكليمَ فلانٍ عبارةٌ عنْ إسماعِ كلامِهِ إيَّاهُ، إلا أنَّ الإسماعَ أمرٌ باطنٌ، فأُقيمَ السَّببُ الظَّاهرُ مَقامَهُ، وهو ما ذكرنا.

ولو كانَ نائمًا فناداهُ، إنْ أيقظَهُ حَنِثَ في يمينه؛ لأنَّه أسمعَهُ كلامَهُ، وإنْ لم يُوقظْهُ لا يَحنَثُ، وهو الصَّحيحُ؛ لأنَّ الإنسانَ لا يُعَدُّ مُكَلِّمًا للنَّائمِ إذا لم يُوقظْهُ بكلامِهِ، كما لا يُعَدُّ مُتكلِّمًا مع الغائبِ.

ولو سلَّمَ على قومٍ والمَحلوفُ عليه فيهم حَنِثَ في يمينِهِ؛ لأنَّه كلَّمَه وكلَّم غيرَه أيضًا.

فإنْ قصدَ بالسَّلامِ عليهم دونه، تصحُّ نيَّتُه فيما بينه وبينَ اللهِ تعالى؛ لأنَّه نوى تخصيصَ كلامِهِ.

ولو سلَّمَ في الصَّلاةِ والمَحلوفُ عليه معه في الصَّلاةِ، فإنْ كانَ الحالِفُ إمامًا يُنظَرُ، إنْ كانَ المحلوفُ عليه عنْ يَمينِهِ لا يَحنَثُ؛ لأنَّ التَّسليمةَ الأولى كلامٌ في الصَّلاةِ، لأنَّه بها يَخرجُ عَنِ الصَّلاةِ، ولا تفسدُ الصَّلاةُ، فلا يكونُ مِنْ كلامِ النَّاسِ، وإنْ كانَ عنْ يسارِهِ فقد اختلفَ المشايخُ فيه.

وإنْ كان الحالِفُ مقتديًا، فعلى قول أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ كذلك؛ لأنَّ المقتدي لا يَصيرُ خارجًا عنِ الصَّلاةِ بسلامِ الإمام عندهما، وعند محمَّدٍ يَحنَثُ كيفَ ما كان؛ لأنَّه صارَ خارجًا عنْ صلاته بسلامِ الإمام، فوُجِدَ كلامُه خارجَ الصَّلاةِ مع فلانٍ فيَحنَثُ.

ولو كاتبَ فلانًا، أو أشار إليه بالأصبُعِ، فإنَّه لا يَحنَثُ؛ لأنَّ هذا ليس بكلامٍ.

ولو حَلفَ: «لا يَتكلَّمُ اليومَ»، ولا نيَّةَ له، فصلَّى وقرأ وكبَّرَ وسبَّحَ، لا يَحنَثُ استحسانًا؛ لأنَّ هذا لا يُسمَّى كلامَ النَّاسِ في العرفِ.

ولو قرأ خارجَ الصَّلاةِ أو سبَّحَ أو هلَّل أو كبَّر، يَحنَثُ عندنا، خِلافًا للشَّافعيِّ[١]؛ لأنَّ هذا كلامٌ حقيقةً، لكنَّ حالةَ الصَّلاةِ مستثناةٌ بدَلالةِ الحال.

وقيل: هذا في عُرفهم، وأمَّا في عرفنا لا يَحنَثُ؛ لأنَّ هذا لا يُسمَّى مُتكلِّمًا كما في الصَّلاةِ.

ولو حَلفَ: «لا يُكلِّمُ فلانًا عاجلًا أو آجلًا»، فالعاجلُ يَقعُ على أقلَّ مِنَ الشَّهرِ، والآجِلُ يَقعُ على الشَّهرِ فصاعدًا.

ولو حَلفَ: «لا يُكلِّمُه إلى بعيدٍ»، ولا نيَّةَ له، فإنَّه يَقعُ على أكثرَ مِنَ الشَّهرِ.

ولو قال: «... إلى قريبٍ»، يَقعُ على الشَّهرِ فما دُونَه.

ولو حَلفَ: «لا يُكلِّمُ فلانًا أيامًا كثيرةً»، فعلى قولِ أبي حنيفةَ يَقعُ على العَشَرةِ، وعلى قولهما سبعَةُ أيَّامٍ.

وعلى هذا لو حَلفَ: «لا يُكلِّمُ فلانًا الأيامَ»، عند أبي حنيفةَ يَقعُ على العَشَرةِ، وعندهما على سبعةٍ.

ولو حَلفَ: «لا يُكلِّمُ أيامًا»، في رواية «الجامعِ»: يَقعُ على ثلاثةٍ، وفي روايةِ كتابِ الأيمَانِ: يَقعُ على عشرةٍ عنده، وعندهما على سبعةٍ.

وعلى هذا الخلافِ إذا حَلفَ «لا يُكلِّمُه الشُّهورَ أو السِّنينَ» بالألف واللام، عند أبي حنيفةَ يَقعُ على عَشَرةٍ، وعندهما في الشُّهورِ يَقعُ على اثني عَشَرَ شهرًا، وفي السِّنينَ يَقعُ على الأبدِ.

ولو حَلفَ: «لا يُكلِّمُ شهورًا أو أشهرًا»، فعلى ثلاثةِ أشهرٍ بالاتِّفاق.

---

(١) انظر: بحر المذهب للروياني (١٠/ ٥١٦)، والبيان في مذهب الإمام الشافعي (١٠/ ٥٥٥)، والنجم الوهاج في شرح المنهاج (١٠/ ٧٢).

ولو حَلفَ: «لا يُكلِّمُ جُمَعًا» أو «الجُمَعَ»، في المنكَّرِ يَقعُ على ثلاثةٍ بالاتِّفاقِ، وفي المُعرَّفِ عند أبي حنيفةَ على عَشْرِ جُمعٍ، وعندهما على جُمَعِ الأبدِ.

والأصلُ عند أبي حنيفةَ أنَّ المعرَّفَ يَقعُ على الجنسِ، وعندهما على المعهودِ إنْ كانَ، وإلا فيَقعُ على الكلِّ، وفي المُنكَّرِ يَقعُ على أقلِ الجَمْعِ بالإجماعِ، وهو ثلاثةٌ.

ولو حَلفَ: «لا يُكلِّمُ دهرًا» أو «الدَّهرَ»، فعندهما يَقعُ في المُنكَّرِ على ستةِ أشهرٍ، وفي المعرَّفِ يَقعُ على العُمُرِ، وقال أبو حنيفةَ: إنْ كانت له نيَّةٌ فعلى ما نوى، وإنْ لم تكنْ له نيَّةٌ فما أدري ما الدَّهرُ؟ ومِنْ أصحابِنَا مَنْ قال: لا خلافَ في الدَّهرِ أنَّه على الأبدِ، وإنَّما قال أبو حنيفةَ: لا أدري إذا قالَ: «دهرًا».

ولو حَلفَ: «لا يُكلِّمُ فلانًا حِينًا» أو «زَمانًا»، أو «الحينَ» أو «الزَّمانَ»، فإنَّه يَقعُ على ستةِ أشهرٍ؛ لأنَّه يُستعملُ في أربعين سنةً، ويُستعمَلُ في الزَّمانِ القليلِ، ويُستعمَلُ في ستةِ أشهرٍ، فحُمِلَ على ستةِ أشهرٍ؛ لأنَّا نعلمُ أنَّه لا يُريدُ به القليلَ والكثيرَ، فحُمِلَ على الوسطِ.

ولو حَلفَ: «ليضربنَّ عبدَهُ عَشَرةَ أسواطٍ»، فجمعَ عشرةَ أسواطٍ وضربَه مرَّةً واحدةً، وأصابَ الجميعُ جلدَهُ لم يَحنَثْ؛ لأنَّه ضربَه عَشَرةَ أسواطٍ، فإذا لم يُصبْ كلُّ سَوطٍ جلدَهُ فإنَّه يَحنَثُ؛ لأنَّه لا يُسمَّى ضاربًا بعَشَرةِ أسواطٍ.

ولو حَلفَ: «لا يقتلُ فلانًا في المسجدِ»، أو «لا يَضربُه»، أو «لا يرمي إليه»، أو «لا يشتمُه»، فكلُّ فعلٍ له أثرٌ في المفعولِ يُعتبرُ وجودُ الأثرِ، ويتعلَّقُ بمكانِ المفعولِ، وإنْ لم يكنْ له أثرٌ يعتبرُ مكانُ الفاعلِ.

ففي القتلِ والضَّربِ والرَّميِ يُعتبرُ مكانُ المفعولِ، حتى لو كانَ الفاعلُ خارجَ المسجدِ والمفعولُ في المسجدِ يَحنَثُ، ولو كان على عكسِه لا يَحنَثُ.

وفي الشَّتمِ لو كان الشَّاتمُ خارجَ المسجدِ والمشتومُ في المسجدِ لا يَحنَثُ، وعلى عكسه يَحنَثُ.

ولو قال: «لا أتزوَّجُ في مكانِ كذا»، و«في يوم كذا»، فزوَّجهُ الفضوليُّ امرأةً في مكانٍ آخَرَ، وفي يومٍ آخَرَ، فبلغه الخبرُ فأجازهُ في المكانِ الذي حَلفَ وفي اليوم الذي حَلفَ يَحنَثُ، ويُعتبَرُ مكانُ الإجازةِ؛ لأنَّ له أثرًا وهو الحُكمُ، وكذا في البيعِ والشِّراء يُعتبَرُ مكانُ الإجازةِ ويومُ الإجازةِ.

وقال محمَّدٌ: في العقدِ الشَّرعيِّ يُعتبَرُ مكانُ الفاعلِ وزمانُه، وفي القتلِ كما قال أبو يوسفَ؛ لأنَّ الحكمَ يَثبُتُ مِنْ وقتِ العقدِ.

ولو حَلفَ: «لا يدخلُ هذا الفسطاطَ» وهو مضروبٌ في مكانٍ، فقُلِعَ وضُرِبَ في مكانٍ آخَرَ فدخَلَه حَنِثَ؛ لأنَّ اليمينَ تقعُ على المعيَّنِ، والمعيَّنُ باقٍ.

ولو حَلفَ: «لا يَجلِسُ إلى هذه الأسطوانةِ» وهي مبنيَّةٌ، أو«... إلى هذا الحائطِ»، فهُدما ثم بُنيا بنقضهما، فجلس إليه لا يَحنَثُ؛ لأنَّ العائدَ غيرُ الأوَّلِ.

ولو حَلفَ: «لا يَكتبُ بهذا القلمِ»، فكُسِرَ القلمُ بحيثُ لم تبقَ له صورتُهُ، ثم بَراه فكتب به لم يَحنَثْ؛ لأنَّ بعد الكسرِ هو أنبوبةٌ، فإذا بَراه فهو غيرُ الأوَّلِ.

وكذا إذا حَلفَ على مِقصٍّ أو سكِّينٍ أو سيفٍ، فكُسِرَ ثم أعاده ثانيًا لا يَحنَثُ؛ لأنَّه غيرُ الأوَّلِ.

ولو نزعَ مِسمارَ المِقصِّ ونِصابَ السِّكينِ وجَعَلَ مكانه مِسمَارًا أو نِصابًا آخَرَ يَحنَثُ؛ لأنَّ الأوَّل باقٍ، إنَّما فاتَ وصفُ التَّركُّبِ.

ولو حَلفَ: «لا يدخلُ هذه الدَّارَ»، فجعلها بستانًا أو حَمَّامًا أو مسجدًا لا يَحنَثُ؛ لأنَّها صارتْ شيئًا آخَرَ مِنْ حيثُ الانتفاعُ والغرضُ.

ولو حَلفَ: «لا يدخلُ هذا البيتَ»، فهدمَهُ ثم بناهُ ثانيًا فدخلَ لا يَحنَثُ؛ لأنَّ البيتَ اسمٌ للمبنيِّ، وهذا غيرُ البناءِ الأوَّلِ، بخلاف الدَّارِ إذا هدمها ثم بناها ثانيًا فدخلها، أو دخلَ وهي مهدومةٌ يَحنَثُ؛ لأنَّ الدَّارَ اسمٌ للعَرْصَةِ[١]، والبناءُ تابعٌ.

ولو كان اليمينُ على خُفٍّ أو قميصٍ أو جُبَّةٍ، ففتقَهَا ثم أعادَهَا حَنِثَ؛ لأنَّ العائدَ عينُ الأوَّلِ.

ولو فَتَقَ القميصَ فجعلَهُ جُبَّةً محشوَّةً لم يَحنَثْ؛ لأنَّ الجُبَّةَ غيرُ القميصِ.

ولو حَلفتِ المَرأةُ: «لا تَلبَسُ هذه المِلحَفةَ[٢]»، فخيطَ جانباها فجُعِلتْ دِرعًا، وجَعلتْ لها جيبًا فلبسَتهَا لم تَحنَثْ؛ لأنَّ الدِّرعَ غيرُ المِلحَفةِ.

ولو حَلفَ: «لا أكلِّمُ عبدَ فلانٍ»، أو «لا أدخلُ دارَ فلانٍ»، أو «لا أركبُ دابَّةَ فلانٍ»، أو «لا ألبَسُ ثوبَ فلانٍ»، ولم يُعيِّنْ، ثم زالَ المِلْكُ فكلَّمَ العبدَ أو دخلَ الدَّارَ أو لَبِسَ ذلك الثَّوبَ أو ركبَ الدَّابةَ لا يَحنَثُ بالإجماعِ، بخلافِ الزَّوجةِ والصَّديقِ؛ لأنَّه يَحتملُ أنْ يكونَ لمعنًى فيهما.

فأمَّا إذا عيَّن فقال: «لا أكلِّمُ عبدَ فلانٍ هذا»، أو «[لا أدخلُ][٣] دارَ فلانٍ هذه»، أو «لا أركبُ دابَّةَ فلانٍ هذه»، أو «لا ألبسُ ثوبَ فلانٍ هذا»، قال أبو حنيفةَ وأبو يوسفَ: تبقى اليمينُ ببقاءِ الإضافةِ، فإذا زالتْ بزوالِ المِلْكِ تبطلُ اليمينُ، إلا[٤] أنْ يُعَيِّنَ[٥]

---

(١) العَرْصَةُ: هِيَ كُلُّ مَوْضِعٍ وَاسِعٍ لَا بِنَاءَ فِيهِ، انظر «لسان العرب» (عرص).

(٢) المِلْحَفَةُ: اللِّبَاسُ الَّذِي فَوْقَ سَائِرِ اللِّبَاسِ مِنْ دِثَارِ البَرْدِ وَنَحْوِهِ؛ وَكُلُّ شَيْءٍ تغطَّيت بِهِ فَقَدِ الْتَحَفْتُ بِهِ، انظر «لسان العرب» (لحف).

(٣) ما بين معقوفين غير موجود في النسخ وأضيفت ليستقيم المعنى.

(٤) في «س»: (لا).

(٥) في «أ»: (يعني).

سُكنى هذه الدَّارِ خاصَّةً، وقال محمَّدٌ: يَحنَثُ وإنْ زالَ مِلْكُ فلانٍ، إلا أنْ يعني ما دامَ مِلْكًا لفلانٍ.

ولو حَلفَ: «لا يُكلِّمُ زوجةَ فلانٍ هذهِ»، أو «... صديقَ فلانٍ هذا»، فزالَ النِّكاحُ والصَّدَاقةُ فكلَّمَ، حَنِثَ بالإجماعِ.

ولو حَلفَ: «لا أكلِّمُ هذا العبدَ»، و«لا أدخلُ هذه الدَّارَ»، و«لا أركبُ هذه الدَّابةَ»، يُعتبَرُ العينُ بالإجماعِ، فأبو حنيفةَ اعتبرَ الإضافةَ شرطًا لليمينِ؛ لأنَّ الظَّاهرَ بهذه الإضافةِ الامتناعُ مِنَ الكلامِ لمعنًى في المالِكِ، كما إذا لم يكنْ مُعيَّنًا، بخلافِ الزَّوجةِ والصَّديقِ، لأنَّه يحتملُ أنْ يكونَ لمعنًى فيهما، ومحمَّدٌ جعلَ الإضافةَ للتَّعريفِ بمنزلةِ الاسمِ إذا وَجَدَ التَّعيينَ، حتى لا يلغوَ التَّعيينُ، كما في الزَّوجةِ والصَّديقِ عند التَّعيينِ.

ولو حَلفَ: «لا يدخلُ دارَ فلانٍ»، و«لا يَلبَسُ ثوبَ فلانٍ»، و«لا يَركَبُ دابَّةَ فلانٍ»، و«لا يكلِّمُ عبدَ فلانٍ»، و«لا يأكلُ طعامَ فلانٍ»، و«لا يَشرَبُ شرابَ فلانٍ»، فهذا على ما في مِلْكِه يومَ فعلَ الذي حَلفَ عليه.

ولا يُشترَطُ قيام المِلْكِ يومَ حَلَفَ، هذا جوابُ ظاهرِ الرِّواياتِ عَنْ أصحابنا، وروى ابن سِمَاعةَ عنْ محمَّدٍ أنَّه قال: يَقعُ على ما في مِلْكِه يومَ حَلفَ، ولا يُحمَلُ على ما يَحدثُ فيه المِلْكُ.

ورُوي عنْ أبي يوسفَ أنَّه قالَ: فيما يُستدامُ فيه المِلْكُ ولا يَتجدَّدُ ساعةً فساعةً، فاليمينُ على ما في مِلْكِه كالدَّارِ والعبدِ والثَّوبِ، وما يتجدَّد فيه المِلْكُ حالًا فحالًا في العادةِ، فإنَّه يَقعُ على ما في مِلْكِه يومَ فعلَ، كالطَّعامِ والشَّرابِ، والصَّحيحُ جوابُ ظاهرِ الرِّوايةِ؛ لأنَّ هذه اليمينَ عُقدت على المنعِ مِنَ الفِعل في مِلْكِ فلانٍ، فيُعتبَرُ يومُ الفعلِ.

ولو حَلفَ: «لا يَدخلُ دارَ فلانٍ»، فدخلَ دارًا هو ساكنُها بالإجارةِ أو بالمِلْكِ أو بالإِعارةِ فهي سواءٌ، ويَحنَثُ؛ لأنَّ الدَّار تُضافُ إلى المستأجِرِ والمستعِيرِ في العُرْفِ.

ولو حَلفَ وقالَ: «مَنْ بشَّرني مِنْ عبيدي بقدومِ فلانٍ فهو حرٌّ»، فبشَّرهُ جماعةٌ مِنْ عبيده بأنْ كانوا معًا، عتقوا، وإنْ سبقهم واحدٌ منهم ثم الباقونَ يَعتِقُ السَّابقُ، وإنْ حصلَ له العلمُ بقدومِ فلانٍ بخبرِ غيرهم أو بالمشاهدةِ ثم أخبرهُ مِنَ العبيدِ الذين حَلفَ بعتْقِهم، فإنَّه لا يَعتِقُ واحدٌ منهم؛ لأنَّ البِشارةَ خبرٌ سارٌّ ليس عند المُخبَرِ له خَبَرُه، وهذا لا يَحصلُ إذا كان له عِلمٌ قبل خَبَرِه، فإذا لم يكنْ عالمًا، حصلَ العلمُ بخبرِ الجماعةِ معًا فيَحنَثُ، واللهُ أعلمُ.

❁ ❁ ❁

باب النذر

إذا نَذَرَ للهِ تعالى بِما هوَ قُربَةٌ وطاعَةٌ يَجبُ الوَفاءُ به، ولم يَجِبْ عليه غَيرُ ذلك، وإنْ كانَ مُباحًا لا يَجِبُ عليه شَيءٌ، وإنْ كانَ مَعصيةً لم يَجِبْ عليه الوَفاءُ به، وعليه كَفَّارةُ اليمينِ إذا فَعَلَه.

أصلُه قولُه ﷺ: «مَنْ نَذَرَ أَنْ يُطِيعَ اللهَ فَلْيُطِعْهُ، وَمَنْ نَذَرَ أَنْ يَعْصِيَ اللهَ فَلَا يَعْصِهِ»[1]، وقال ﷺ: «النَّذْرُ يَمِينٌ، وَكَفَّارَتُها كَفَّارَةُ اليَمِينِ»[2].

وهذا على الرِّوايَةِ المَشهورةِ عن أصحابِنا فِيمَنْ قالَ: «للهِ عَلَيَّ أنْ أصومَ سَنَةً» ونَحوَها، يَلزَمُه الوَفاءُ بها، ولا تُجزِئُه كَفارةُ اليمينِ، وفي رِوايَةٍ: تُجزِئُه كَفارةُ اليمينِ، وقالوا: رَجَعَ أبو حنيفةَ عن الجَوابِ الأولِ إليهِ، وهوَ قَولُ الشافعيِّ[3]، والمَسأَلَةُ مَعروفَةٌ.

ولو قالَ: «للهِ عَلَيَّ أنْ أَحُجَّ ماشِيًا» يَلزَمُه الحَجُّ ماشِيًا، فلو حَجَّ راكِبًا يُجزِئُه، وعليه إراقَةُ الدَّمِ؛ لأنَّ النَّذْرَ مُلحَقٌ بالأمرِ، والحَجُّ الواجِبُ راكِبًا لا ماشِيًا، فَخَرَجَ عنْ نَذْرِه، لكنْ يَلزَمُه الدَّمُ؛ لأنَّه أدخَلَ نَقصًا، وفيه وَرَدَ الحديثُ هكذا[4].

---

(١) أخرجه البخاري (٦٦٩٦)، وأبو داود (٣٢٨٩) من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٢) أخرجه أحمد (١٧٣٤٠)، ومسلم (١٦٤٥) من حديث عقبة بن عامر، وعند مسلم لفظه: «كفَّارةُ النَّذرِ كفَّارةُ اليمينِ».

(٣) انظر: الأم للشافعي (٧/ ٧٤)، ومختصر المزني (٨/ ٤٠٦)، والحاوي الكبير (١٥/ ٤٩١).

(٤) أخرجه البخاري (١٨٦٦)، ومسلم (٣٢٩٩) عَنْ عُقْبَةَ بْنِ عَامِرٍ رضي الله عنه، أَنَّهُ قَالَ: نَذَرَتْ أُخْتِي أَنْ تَمْشِيَ إِلَى بَيْتِ اللهِ حَافِيَةً، فَأَمَرَتْنِي أَنْ أَسْتَفْتِيَ لَهَا رَسُولَ اللهِ ﷺ، فَاسْتَفْتَيْتُهُ، فَقَالَ: «لِتَمْشِ، وَلْتَرْكَبْ»، وزاد أحمد (١٧٧٩٣) «إِنَّ اللهَ لَغَنِيٌّ عَنْ مَشْيِها لِتَرْكَبْ، ولْتُهدِ بَدَنَةً».

ولو قالَ: «للهِ عَلَيَّ أنْ أُصلِّيَ رَكعتَينِ يومَ كذا»، أو «في مَوضِعِ كذا»، فَصَلَّى قبلَ ذلك اليومِ أو في مَوضِعِ آخَرَ أَجْزَأَه عنه.

ولو قالَ: «للهِ عَلَيَّ أنْ أَتَصَدَّقَ يومَ كذا» أو «على مَساكينِ بَلَدِ كذا»، فإنَّه لا يَتَقَيَّدُ بذلِك.

ولو قالَ: «للهِ عَلَيَّ أنْ أصومَ رَجَبَ»، فَصَامَ شَهرًا قَبْلَه جازَ عندَ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ، وعلى قَولِ محمدٍ لا يُجزِئُه، أما الصَّلاةُ فلا تَتَقَيَّدُ بِالمَكانِ واليَومِ؛ لأنَّ مَعنى القُربَةِ في نَفْسِ الفِعلِ، وكذلكَ الصَّدَقَةُ، وأما الصَّومُ فأبو حنيفةَ وأبو يوسفَ يقولانِ: إنَّ ذِكْرَ الوقتِ للتَّقديرِ لا لِتَعيينِ الواجبِ؛ لأنَّ الأوقاتِ في مَعنى العبادَةِ سَواءٌ.

ولو قالَ: «عَلَيَّ إطعامُ مَساكينَ» ولَمْ يَكُنْ له نِيَّةٌ، فَعَلَيه أنْ يُطعِمَ عَشَرَةً مِنَ المَساكينِ، كُلَّ مِسكينٍ نِصفَ صاعٍ مِنْ بُرٍّ.

ولو قالَ: «للهِ عَلَيَّ صَدَقَةٌ» ولمْ يَكُنْ له نِيَّةٌ، فَعَلَيه نِصفُ صاعٍ.

وإنْ قالَ: «للهِ عَلَيَّ صَومٌ» فَعَلَيه صَومُ يومٍ.

وإنْ قالَ: «للهِ عَلَيَّ أنْ أُصلِّيَ صَلاةً» فَعَلَيه رَكعتانِ؛ لأنَّ النَّذْرَ مُعتَبَرٌ بالأمرِ، فإذا لم يَذكُرْ فيه التَّقديرَ اعتُبِرَ أدنى ما وَرَدَ في الأمرِ، وهو ما ذكَرْنا، واللهُ أعلَمُ.

❁ ❁ ❁

باب كفارة اليمين

الحانِثُ لا يَخلو إما أنْ يَكونَ مُوسِرًا أو مُعسِرًا، فإنْ كانَ مُوسِرًا فهوَ مُخَيَّرٌ بينَ ثلاثةِ أشياءَ: بينَ الإطعامِ والكِسوَةِ والإعتاقِ، لقولِه تعالى: ﴿فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ إِطۡعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ مِنۡ أَوۡسَطِ مَا تُطۡعِمُونَ أَهۡلِيكُمۡ أَوۡ كِسۡوَتُهُمۡ أَوۡ تَحۡرِيرُ رَقَبَةٖۖ﴾ الآية [المائدة: ٨٩].

فإنِ اختارَ الطعامَ يُعطي كُلَّ مِسكينٍ نِصفَ صاعٍ مِنْ حِنطَةٍ، أو صاعًا مِنْ شَعيرٍ أو دَقيقِهِما، أو صاعًا مِنْ تَمرٍ، أو قِيمَةَ هذه الأشياءِ دَراهمَ ودَنانيرَ أو عُروضًا، كَما في صَدَقَةِ الفِطرِ على ما ذكَرْنا.

ولو دَعا عَشَرَةَ مَساكينَ فَغَدَّاهُم وعَشَّاهُم مُشبِعًا، خُبزًا معَ الإدامِ أو بِغَيرِ إدامٍ أو سَويقًا أو تَمرًا كانَ جائِزًا؛ لأنَّ اللهَ تعالى أَمَرَنا بالإطعامِ، وهو اسمٌ لِلفِعلِ إلا أنَّ التَمليكَ عَرَفْناه بِدَلالَةِ النَّصِّ، والإطعامُ في حَقِّ الأهلِ قد يَكونُ معَ الإدامِ وقد يَكونُ بِغَيرِه[1].

ولو أطعمَ مِسكينًا واحِدًا عَشَرَةَ أيامٍ غَداءً وعَشاءً، أو أعْطى مِسكينًا واحِدًا عَشَرَةَ أيامٍ كُلَّ يومٍ نِصفَ صاعٍ جازَ؛ لأنَّ المَقصودَ سَدُّ خَلَّةِ[2] عَشَرَةِ مَساكينَ عَشَرَةَ أيامٍ، وقدْ حَصَلَ.

ولو أَطعَمَ عَشَرَةَ مَساكينَ في يَومٍ غَداءً، وأعطى كُلَّ واحِدٍ مُدًّا مِنَ الطعامِ جازَ؛ لأنَّه جَمَعَ بينَ التَّمليكِ وطَعامِ الإباحَةِ، وكذا لو غَدَّى رَجُلًا واحِدًا عِشرينَ يَومًا، أو عشَّى

---

(١) ما ورد بلفظ «الإطعام» جاز فيه الإباحة والتمليك، بخلاف ما بلفظ «الأداء» و«الإيتاء» فإنه للتمليك، انظر «حاشية ابن عابدين» (٢/ ٤٢٨).

(٢) الخَلَّةُ بالفتح: الحاجة والفقر، انظر «لسان العرب» (خلل).

رَجُلًا في رمضانَ عِشرينَ يومًا جازَ؛ لأنَّ المَقصودَ قدْ حَصَلَ.

ولو أعطى مِسكينًا واحِدًا طَعامَ عَشَرَةٍ في يَومٍ واحِدٍ لمْ يَجُزْ؛ لأنَّ اللهَ تعالى أَمَرَ بِسَدِّ جُوعِ عَشَرَةِ مَساكينَ جُملَةً أو مُتَفرِّقًا على الأيامِ، ولمْ يُوجَدْ.

ولو أطعَمَ فُقَراءَ أهلِ الذِّمَّةِ جازَ، وفُقَراءُ المُسلمينَ أفضَلُ، كَما ذكرْنا في صَدَقَةِ الفِطرِ، خِلافًا لأبي يوسفَ.

فإنِ اختارَ الكِسوَةَ كَسا كُلَّ مِسكينٍ ثَوبَينِ، وإنْ كَساهُمْ ثَوبًا جامِعًا نَحوَ القَميصِ والقَباءِ والمِلحَفَةِ والكِساءِ جازَ؛ لأنَّ اللهَ تعالى أَمَرَ بالإكساءِ، فَكُلُّ ثَوبٍ يَصيرُ به كاسِيًا دَخَلَ تحتَ النَّصِّ، ولو كَساه قَلَنْسُوَةً أو عِمامَةً لا يَجوزُ؛ لأنَّه لا يُسمَّى به كاسِيًا.

ولو كَساه سَراويلَ قالَ: لا يَجوزُ، ولو كَساه إزارًا جازَ، ولكنْ أرادَ به أنْ يَكونَ مِنَ الرأسِ إلى القَدَمِ، وأما إذا كانَ يَستُرُ به العَورةَ ولا يَستُرُ البَدَنَ لا يَجوزُ، هذا جَوابُ ظاهرِ الرِّوايةِ.

ورُوِيَ عن أبي يوسفَ أنَّه إذا كانَ مِمَّا تُستَرُ به العَورَةُ وتَجوزُ به الصَّلاةُ يَجوزُ.

والمُعتَبرُ في ظاهرِ الرِّوايةِ ما يُسمَّى لابِسًا، ولابِسُ السَّراويلِ يُسمَّى عُريانًا.

ولو أنَّ قيمةَ العِمامَةِ والسَّراويلِ بَلَغَتْ قِيمَةَ الطعامِ هل يقعُ عنِ الطعامِ؟

عندَ محمدٍ يقعُ بِغَيرِ نِيَّةٍ إذا وُجِدَتْ نِيَّةُ الكفَّارَةِ، وعندَ أبي يوسفَ لا يَجوزُ ما لمْ يَنوِ الكِسوَةَ عنِ الطعامِ[1].

وأما إذا اختارَ التَّحريرَ، إنْ أعتَقَ رَقَبَةً مُطلَقَةً كامِلَةَ الذاتِ كامِلَةَ الرِّقِّ بِنِيَّةِ الكفَّارةِ

(١) ظاهر المذهب أنه لا يشترط للإجزاء عن الإطعام أن ينوي به عن الإطعام، انظر «حاشية ابن عابدين» (٣/ ٧٢٧).

بأيِّ صِفَةٍ كانتْ جازَ، صَغيرًا كانَ أو كَبيرًا، مُسلِمًا كانَ أو ذِمِّيًّا؛ لأنَّ اللهَ تعالى أَمَرَ بإعتاقِ رَقَبَةٍ مُطلَقًا، لقَولِه تعالى: ﴿أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المائدة: ٨٩]، وكذا في كفَّارةِ الظِّهارِ، وهذا عندَنا، وعندَ الشافعيِّ لا يَجوزُ إلا المُؤمِنَةُ، كما في كفَّارةِ القَتلِ(١).

ولو أعتَقَ رَقَبَةً مَعيبَةً فالأصلُ فيه أنَّ كُلَّ عَيبٍ يوجِبُ فَواتَ جِنْسِ المَنفَعَةِ يَمنَعُ عنِ الكفَّارَةِ وإلا فَلَا، إذا ثَبَتَ هذا نقولُ: إذا أعتَقَ عَبدًا أعوَرَ أو مَقطُوعَ إحدى اليدَينِ أو الرِّجلَينِ أو اليَدِ والرِّجْلِ مِنْ خِلافٍ أجزَأَه؛ لأنَّ مَنفَعَةَ الجِنْسِ باقيَةٌ.

ولو أعتَقَ الأعمى والمَقطوعَ اليَدَينِ أو الرِّجلَينِ، والمَقطوعَ اليَدِ والرِّجْلِ أو المَقطوعَةَ اليَدِّ والرِّجْلِ مِنْ جانِبٍ واحِدٍ لا يَجوزُ؛ لأنَّ مَنفَعَةَ الجِنْسِ مَعدومَةٌ، وأما المَجنونُ المَغلوبُ فلا يُجزِئُ؛ لأنَّ مَنفَعَةَ الأجناسِ مَعدومَةٌ.

ولو أعتَقَ مَفلوجًا يابسَ الشِّقِّ لا يَجوزُ؛ لأنَّه فاتَت مَنفَعَةُ الجِنْسِ.

ولو أعتَقَ الحَمْلَ لا يَجوزُ، وإنْ وُلِدَ حيًّا بعدَ يَومٍ؛ لأنَّه في مَعنى الأجزاءِ مِنْ وَجهٍ.

وأما الأَصَمُّ فالقياسُ ألَّا يَجوزَ، وفي الاستِحسانِ يَجوزُ؛ لأنَّه إذا بُولِغَ في الصِّياحِ يَسمَعُ، فلا يَفوتُ جِنْسُ المَنفَعَةِ، وأما الأخرَسُ فلا يَجوزُ؛ لِما قُلنا.

ولو أعتَقَ حَلالَ الدَّمِ جازَ؛ لأنَّه رَقَبَةٌ كامِلَةٌ، وإنَّما وَجَبَ عليه حَقٌّ؛ لوجودِ المِلكِ واسمِ الرَّقَبَةِ، فَوُجوبُ القِصاصِ لا يَمنَعُ جَوازَ التَّكفيرِ.

ولو أعتَقَ عَبدًا مَديونًا جازَ، ولِلغُرَماءِ حَقُّ الاستِسعاءِ.

ولو أعتَقَ ذا رَحِمٍ مَحرَمٍ منه عنِ الكفَّارَةِ جازَ عندَنا خِلافًا للشافعيِّ(٢)، وكذا لو

(١) انظر: الحاوي الكبير (١٠/ ٤٦١)، و التهذيب في فقه الإمام الشافعي (٦/ ١٦٤)، وفتح الوهاب بشرح منهج الطلاب (٢/ ١١٦).

(٢) انظر: بحر المذهب للروياني (١٠/ ٤٢٦)، و بحر المذهب للروياني (١٠/ ٤٢٦).

أعتَقَ المُكاتَبَ جازَ عندَنا خِلافًا له[(١)]، ولو أدَّى بَعضَ بَدَلِ الكِتابَةِ لا يَجوزُ.

ولو أعتَقَ عَبدًا مُشتَرَكًا بينَه وبينَ شَريكِه وهو مُوسِرٌ، واختارَ الشَّريكُ الضَّمانَ حتى عَتَقَ كُلُّه عنِ المُعتِقِ، لا يَجوزُ عنِ الكفَّارَةِ عندَ أبي حنيفةَ، وعندَهُما يَجوزُ؛ لأنَّ الإعتاقَ عندَهُما لا يَتَجَزَّأُ، فيقعُ الكُلُّ عنِ الكفَّارَةِ، وثَبَتَ المِلكُ بالضَّمانِ سابقًا، وعندَ أبي حنيفةَ: الإعتاقُ يَتَجَزَّأُ، فإذا أعتَقَ النِّصفَ جازَ ويَنتَقِصُ المِلكُ، فإذا ضَمَّنَ مِلكَ النِّصفِ النَّاقِصِ وإعتاقَ النَّاقِصِ لا يَجوزُ.

وبِمِثلِه لو أعتَقَ نِصفَ عَبدِه عنِ الكفَّارَةِ ثُم أعتَقَ النِّصفَ الباقيَ جازَ، وبينَ الأمرَينِ فَرْقٌ، وإنْ كانَ مُعسِرًا حتى وَجَبَتِ السِّعايَةُ على العَبدِ لا يَجوزُ؛ لأنَّه تَجِبُ السِّعايَةُ علَيه، فيَصيرُ كالعِتقِ بِعِوَضٍ، وهذه مَسائلُ مَعروفَةٌ.

ولو قالَ لِعَبدٍ: «إنِ اشترَيتُكَ فأنتَ حُرٌّ»، ثُم اشتراه بِنِيَّةِ الكفَّارَةِ لا يَجوزُ؛ لأنَّه لم تُوجَدِ النِّيَّةُ منه عندَ اليَمينِ، وإنَّه يَصيرُ مُعتَقًا بذلكَ الكَلامِ، حتى لو قالَ له: «إنِ اشترَيتُكَ فأنتَ حُرٌّ عَنْ كفَّارَةِ يَميني» جازَ.

ولو أعتَقَ المُدَبَّرَ أو أُمَّ الوَلَدِ عنِ الكفَّارَةِ لا يَجوزُ؛ لأنَّه ناقِصُ الرِّقِّ.

أما إذا كانَ الحالِفُ مُعسِرًا، فعَلَيه صَومُ ثلاثةِ أيامٍ مُتَتابِعَةٍ عندَنا، وعندَ الشافعيِّ يَجوزُ مُتَفَرِّقًا وقد ذكرْنا[(٢)].

ولو أفطَرَ لِمَرَضٍ أو المَرأةُ بِحَيضٍ استَقبَلا؛ لأنَّهُما يَجِدانِ ثلاثةَ أيامٍ لا حَيضَ فيها ولا مَرَضٌ في الغالِبِ، فيَبطُلُ التَّتابُعُ، بِخِلافِ صَومِ شَهرينِ مُتَتابِعَينِ، فإنَّه ثَمَّةَ لا

---

(١) انظر: الأم للشافعي (٥/ ٢٩٩)، والحاوي الكبير (١٠/ ٤٧٠)، و نهاية المطلب في دراية المذهب (١٤/ ٥٢٩).

(٢) انظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي (١٠/ ٥٩٢).

يَنقَطِعُ التَّتابُعُ لأجلِ العُذْرِ، ويَنقَطِعُ بالمَرَضِ؛ لأنَّ الغالِبَ أنَّ الشهرَينِ لا تَخلو عنِ الحَيضِ أو عنِ المَرَضِ.

ولو أنَّ المُعسِرَ إذا أيسَرَ في خِلالِ الصَّومِ يَجِبُ علَيه الإطعامُ أو الإعتاقُ أو الكِسوَةُ، ويَبطُلُ الصَّومُ؛ لأنَّه قَدِرَ على الأصلِ قَبلَ حُصولِ المَقصودِ بالبَدَلِ، ولو أيسَرَ بعدَ الصِّيامِ لا يَبطُلُ، بِخِلافِ الشَّيخِ الفاني إذا أطعَمَ مَكانَ الصَّومِ ثُم قَدِرَ يَبطُلُ؛ لأنَّ ذلكَ بَدَلٌ ضَروريٌّ.

ولو أعتَقَ رَجُلٌ بِأمرِ رَجُلٍ، أو أطعَمَ عَنه أو كَسا جازَ، وإنْ لم يُعطِه الدراهمَ، وإنْ فَعَلَ بِغَيرِ أمرِه ثُم أجازَه لمْ يَجُزْ؛ لأنَّ الإعتاقَ بِأمرِه كإعتاقِه، ويَكونُ تَمليكًا للعَبدِ منه، وأمرُه بذلكَ قَبولًا منه فَجازَ.

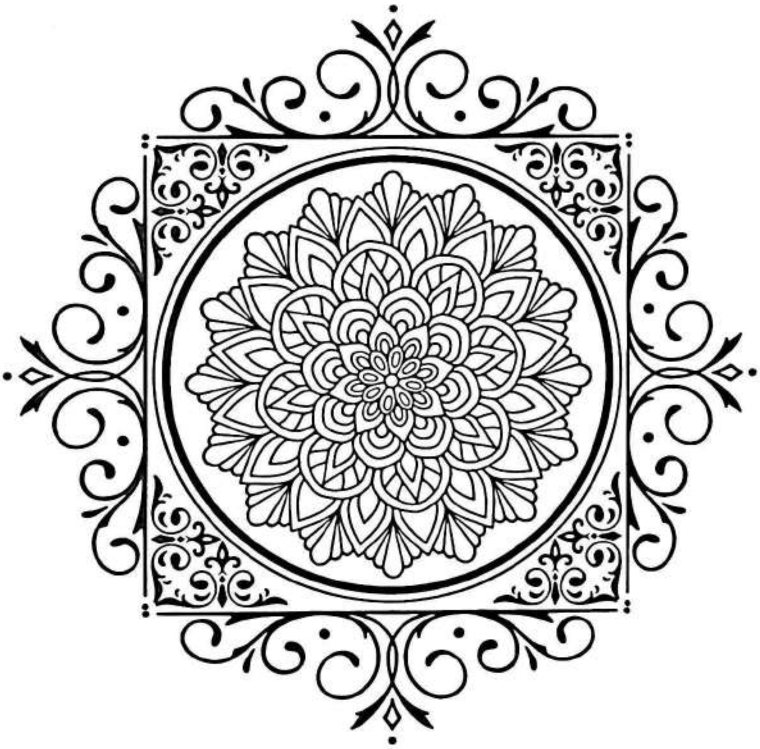
فأما إذا فَعَلَ بِغَيرِ أمرِه لا يَتَوَقَّفُ على إجازَتِه؛ لأنَّه وَجَدَ نَفاذًا على مِلكِه، وهو التَّقَرُّبُ إلى الله تعالى، فلا يَتَوَقَّفُ.

ولو صَرَفَ قيمَةَ الطعامِ والثِّيابِ بِنِيَّةِ الكفَّارَةِ إلى بناءِ المَساجِدِ أو أكفانِ المَوتى أو في قَضاءِ دَينِ رَجُلٍ فَقيرٍ فإنَّه لا يَقَعُ عنِ الكفَّارَةِ؛ لأنَّ الواجِبَ هو التَّمليكُ، ولم يُوجَدْ.

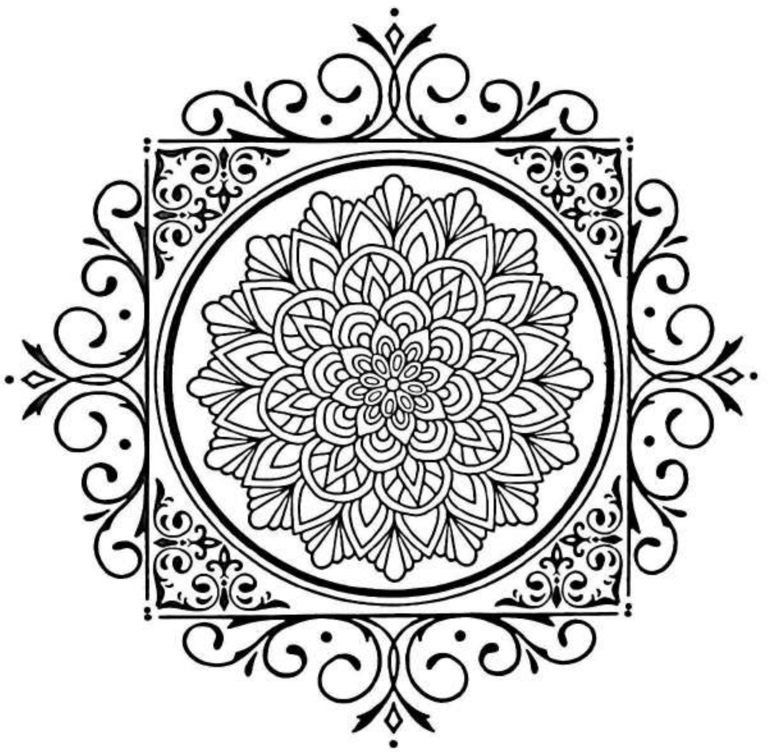
ولو كانَ الحانِثُ له مالٌ وعلَيه دَينٌ مُستَغرِقٌ أجزَأه الصَّومُ؛ لأنَّه مُستَحِقُّ الصَّرفِ إلى الدَّينِ.

ولو كانَ له عَبدٌ وعلَيه دَينٌ لمْ يُجزِئْهُ الصَّومُ؛ لأنَّه قادِرٌ على إعتاقِه عنِ الكفَّارَةِ، وقال بعضُ أصحابِنا: يَجوزُ لِكَونِه فَقيرًا، واللهُ أعلمُ.

❁ ❁ ❁



كتاب الإجارات



كِتَابُ الإِجَارَاتِ

الإجـارةُ نَوعـانِ: إجـارةٌ علـى المَنافِـعِ، وإجـارةٌ علـى الأعمـالِ، ولِـكُلِّ نَـوعٍ شُـروطٌ وأحكامٌ.

أما الإجارةُ على المَنافِعِ: كإجارةِ الدُّورِ والمَنازِلِ والحَوانيتِ والضِّياعِ وعَبيدِ الخِدمةِ والدَّوابِّ لِلرُّكوبِ والحَمْلِ والثِّيابِ والحُليِّ والأواني والظُّروفِ للاستِعمالِ، والعَقدُ في ذلك كُلِّه جائزٌ.

وشُروطُ جَوازِه: أنْ تكونَ العَينُ المُستأجَرَةُ مَعلومةً، والأُجرةُ مَعلومَةً، والمُدَّةُ مَعلومَةً، يومٌ أو شَهرٌ أو سَنَةٌ؛ لأنَّه عَقدُ مُعاوضَةٍ كالبَيعِ، وإعلامُ المَبيعِ والثَّمَنِ شَرْطٌ في البَيعِ فكَذلكَ هاهنا، إلا أنَّ المَعقودَ عليه هاهنا هو المَنافِعُ، فلا بُدَّ مِن إعلامِها بالمُدَّةِ، والعَينُ الذي عُقِدَ للإجارةِ على مَنافِعِه.

وأما أحكامُ هذا النَّوعِ مِنَ الإجارةِ فكَثيرَةٌ:

منها: أنَّه يَجِبُ على الآجِرِ تَسليمُ المُستأجَرِ عَقيبَ العَقدِ، وليسَ له أنْ يَحبِسَ المُستأجَرَ، لاستيفاءِ الأُجرَةِ كما في بابِ البَيعِ؛ لأنَّ الأُجرَةَ لا تَجِبُ بِنَفسِ العَقدِ عندَنا؛ لِكَونِ المَعقودِ علَيه وهو المَنافِعُ مَعدُومَةً، وإذا لَمْ يَجِبِ الأَجْرُ فَلَيسَ له حَبْسُ المُستأجَرِ لِأَخذِ الأُجرَةِ، وفي البَيعِ الثَّمَنُ واجبٌ، وإنَّما يَجِبُ الأَجْرُ ويَملِكُ بإحدى مَعانٍ ثلاثةٍ:

- إما أنْ يَشتَرِطَ تَعجيلَه في نَفسِ العَقدِ.

ـ وإما أنْ يُعَجِّلَ بِغَيرِ شَرْطٍ.

ـ وإما باستيفاءِ المَنافِعِ شَيئًا فَشَيئًا، أو بالتَّمكينِ مِنَ الاستيفاءِ، بِتَسليمِ المُستأجَرِ إليه، وبِتَسليمِ المِفتاحِ إليه أيضًا.

وعندَ الشافعيِّ تَجِبُ الأُجرَةُ كُلُّها بِنَفْسِ العَقدِ[1]، والمَسألةُ مَعروفةٌ.

ثُم إنْ وقعَ الشَّرْطُ في عَقدِ الإجارةِ أن لا يَجِبُ الأَجْرُ إلا بعدَ انقضاءِ مُدَّةِ الإجارةِ، فذلكَ جائزٌ ويَكونُ تأجيلًا للأُجرَةِ بِمَنزلَةِ تأجيلِ الثَّمَنِ.

وأما إذا لَمْ يَشتَرِطْ في العَقدِ شَيئًا قالَ أبو حنيفةَ أولًا ـ وهوَ قَول زُفَرَ ـ: إنَّه لا تَجِبُ الأُجرَةُ إلا في آخِرِ المُدَّةِ، ثُم رَجَعَ فقالَ: تَجِبُ حالًا فَحالًا، كُلَّما مَضى يَومٌ يُسَلِّمُ أُجرَتَه، وهو قَولُ أبي يوسفَ ومحمدٍ؛ لأنَّ الأُجرَةَ تُملَّكُ على حَسَبِ مِلكِ المَنافِعِ ساعَةً فَساعَةً، والاستيفاءُ على هذا الوَجهِ مُتَعَذِّرٌ، فَقَدَّرَه باليومِ، وذَكَرَ الكَرْخِيُّ في الإجارةِ على قَطعِ المَسافَةِ أنَّه يُسَلِّمُ أُجرَةَ كُلِّ مَرحَلَةٍ.

ومنها: أنَّه يُعتَبرُ ابتداءُ المُدَّةِ مِنْ حينِ وَقَعَ العَقدُ، فإذا أَجَّرَ شَهرًا أو شُهورًا أو سِنينَ مَعلومَةً، إنْ وَقَعَتِ الإجارةُ في أولِ الشَّهرِ تُعتَبرُ بالأَهِلَّةِ، وإنْ وَقَعَتْ في بَعضِ الشَّهرِ تُعتَبرُ بالأيامِ، كُلُّ شَهرٍ ثَلاثونَ يَومًا، وكذلكَ في الشُّهورِ والسِّنينَ.

وذكرَ في «الأصلِ»: إذا استأجَرَ دارًا سَنَةً مُستَقبَلَةً في بعضِ الشَّهرِ، فإنَّه يَسكُنُ بَقيَّةَ هذا الشَّهرِ وأَحَدَ عَشَرَ شَهرًا بالأَهِلَّةِ، ويُتِمُّ الشَّهرَ الأولَ بالشَّهرِ الباقي[2]، فتكونُ في المَسأَلَةِ رِوايَتانِ.

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (٣/ ٣١٨)، وحلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٥/ ٣٩١)، و روضة الطالبين وعمدة المفتين (٥/ ١٧٤).

(٢) في «ز»: (الثاني).

ولو أضافَ الإجارةَ إلى زمانٍ مَعلومٍ في المُستَقبَلِ بأنْ قالَ في رَمضانَ: «أجَّرْتُكَ هذه الدارَ سَنَةً أولُها غُرَّةُ مُحَرَّمٍ» يَجوزُ، وعندَ الشافعيِّ لا تَجوزُ الإجارةُ ما لم يَكُنْ أولُ المُدَّةِ عَقيبَ العَقدِ[١]، ولهذا قُلنا: إنَّ المُؤاجِرَ لو باعَ هذهِ الدارَ لا يَصِحُّ في حَقِّ المُستأجِرِ، فإنْ لم يَجِئِ الوَقتُ الذي أضيفَتْ إليه الإجارةُ، ولكنْ لا يَجِبُ عليه تَسليمُ الدارِ ما لم يَجِئْ ذلكَ الوَقتُ.

ومنها: أنَّه إذا استأجَرَ دارًا أو حانوتًا أو غيرَ ذلكَ مِنَ العَقارِ غَيرَ المَزارِعِ، فلَه الانتفاعُ بها كَيفَ شاءَ مِنَ السُّكنى، وله أنْ يُسكِنَ فيها مَنْ أحَبَّ بالإجارةِ والإعارةِ، وله أنْ يَعمَلَ فيها أيَّ عَمَلٍ شاءَ، غيرَ أنَّه لا يَجعَلُ فيها حَدَّادًا ولا قَصَّارًا ولا ما يَضُرُّ بالبِناءِ ويُوهِنُه، ولا تَفسُدُ الإجارةُ وإنْ لم يُسَمِّ ما يَعمَلُ فيها؛ لأنَّ مَنافِعَ السُّكنى غيرُ مُتفاوِتَةٍ إذا لم يَكُنْ فيها ما يُوهِنُ البِناءَ، وذلكَ مُستثنًى فَصارتِ المَنافِعُ مَعلومَةً، بِخِلافِ ما إذا استأجَرَ أرضًا للزِّراعَةِ حيثُ لم يَجُزِ العَقدُ حتى يُبَيِّنَ ما يَزرَعُ فيها أو يَجعَلَ له أنْ يَزرَعَ فيها ما شاءَ؛ لأنَّ مَنافِعَ الزِّراعَةِ مُختَلِفَةٌ.

ولو استأجَرَ دابَّةً ولم يُسَمِّ ما يَحمِلُ علَيها أو عَبدًا ولم يُبَيِّنِ العَمَلَ لا يَجوزُ؛ لأنَّ ذلكَ مِمَّا يُتفاوَتُ فيه، فإنِ اختَصَما يَفسَخُ[٢] العَقدُ، وإنْ مَضَتِ المُدَّةُ أو حَمَلَ علَيها أو استعمَلَ العَبدَ، فالقِياسُ أنْ يَجِبَ أجرُ المِثلِ؛ لأنَّه استوفى المَنفَعَةَ بِعَقدٍ فاسِدٍ، وفي الاستحسانِ يَجِبُ المُسمَّى؛ لأنَّه يَتَعَيَّنُ المَعقودُ علَيه، ويَصيرُ مَعلومًا بالعَمَلِ والحَمْلِ، فيَعودُ العَقدُ جائِزًا.

ومنها: أنَّه يَجِبُ على المُؤاجِرِ تَسليمُ المُستأجَرِ سَليمًا عنِ العَيبِ الذي يَضُرُّ بالانتفاعِ، خاليًا عنِ المَوانِعِ التي تَمنَعُ مِنَ الانتفاعِ في جَميعِ المُدَّةِ، حتى يَجِبُ علَيه

(١) انظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي (٧/ ٣٠٤).

(٢) في «ز»: (بفسخ).

جَميعُ الأجْرِ، فإنْ كانَ به عَيبٌ يَضُرُّ بالانتفاعِ، فالمُستأجِرُ بالخِيارِ، إنْ شاءَ فَسَخَ الإجارةَ وإنْ شاءَ مَضى عليها، فإنْ مَضى علَيها معَ العَيبِ يَجِبُ علَيه جَميعُ المُسمَّى؛ لأنَّه رَضيَ بالمَعقودِ علَيه معَ العَيبِ، فإنْ زالَ ذلكَ العَيبُ أو سَقَطَ حائِطٌ فَبَناه المُؤاجِرُ فلا خِيارَ للمُستأجِرِ؛ لأنَّ العَيبَ زالَ.

فإنْ كانَ المُؤاجِرَ غائِبًا فَلَيسَ له أنْ يَفسَخَه؛ لأنَّ الفَسخَ لا يَجوزُ إلا بِحُضورِ العاقدَينِ أو مَنْ قامَ مَقامَهُما.

وإنْ سَقطَتِ الدارُ كُلُّها وانهدَمَتْ فَلَه أنْ يَخرُجَ مِنَ الدارِ، كانَ المُؤاجِرُ حاضِرًا أو غائِبًا، واختَلَفَتْ إشارةُ الرِّواياتِ في أنَّ العَقدَ يَفسَخُ أو يَثبُتُ له حَقُّ الفَسخِ، والصحيحُ أنَّه يَنفَسِخُ؛ لأنَّه فاتَ جِنْسُ الانتفاعِ المَعهودِ بِالدارِ، وإنَّما يُمكِنُه أنْ يَنتَفِعَ بِضَربِ الخَيمَةِ ونحوِها، والعَقدُ يَنفَسِخُ بهَلاكِ المَعقودِ علَيه.

وأما إذا استأجَرَ دارَينِ صَفْقَةً واحدَةً، فَسَقَطَتْ إحداهُما أو مَنَعَه مانِعٌ مِن إحداهُما، أو كانَتِ الدارُ المُستأجَرَةُ واحدَةً، وامتنَعَ رَبُّ الدارِ عَنْ تَسليمِ بَيتٍ مِنها فَلَه أنْ يَفسَخَ العَقدَ؛ لأنَّ الصَفقَةَ تَفَرَّقَتْ في المَنافِعِ، وتَفريقُ الصَّفْقَةِ يُثبِتُ الخِيارَ.

أما إذا حَدَثَ مانِعٌ يمنعُ عنِ الانتفاعِ بعدَ التَّسليمِ في المُدَّةِ، كما إذا غَصَبَه غاصِبٌ، أو حَدَثَ الإباقُ، أو المَرَضُ المُعجِزُ عنِ الانتفاعِ، أو انقَطَعَ الماءُ في الرَّحى، أو الشِّربُ في الأرضِ، فإنَّه تَسقُطُ الأُجرَةُ في المُستقبَلِ ما لَمْ يُسَلِّمْ إليه، ويَلزَمُه أجرُ ما مَضى؛ لأنَّ الأجرَ يَجِبُ شَيئًا فَشَيئًا بِمُقابَلَةِ استيفاءِ المَنافِعِ.

ثُم تَطيينُ الدارِ وإصلاحُ مَيازيبِها وما وَهَى مِنْ بِنائِه على ربِّ الدارِ دونَ المُستأجِرِ، حتى تَكونَ صالحةً للانتفاعِ، ولكن لا يُجبَرُ على ذلك؛ لأنَّ المالِكَ لا يُجبَرُ على إصلاحِ مِلكِه، لكنْ يَثبُتُ الخِيارُ للمُستأجِرِ؛ لأنَّ هذا في مَعنى العَيبِ، وكذا إصلاحُ

بِئرِ الماءِ والبالوعَةِ والمَخرَجِ على ربِّ الدارِ، وإنِ امتَلأَ مِنْ فِعلِ المُستأجِرِ، لكنْ لا يُجبرُ علَيه لِما ذكَرْنا.

وإذا انقَضَتْ مُدَّةُ الإجارةِ وفي الدارِ تُرابٌ مِنْ كَنسِ المُستأجِرِ، فَعَلَيه أنْ يرفَعَه؛ لأنَّه حَدَثَ بِفِعلِه، والقِياسُ في امتلاءِ المَخرَجِ والبالوعَةِ كذلكَ، وفي الاستحسانِ لا يَلزَمُه؛ لأنَّ العادَةَ أنَّ كُلَّ ما كانَ مُغيَّبًا في الأرضِ فَنَقلُه على صاحبِ الدارِ، وإنْ أصلَحَ المُستأجِرُ شَيئًا مِن ذلكَ يَكونُ مُتبرِّعًا، إلا إذا فَعَلَ ذلك بِأمرِ رَبِّ الدارِ أو بِأمرِ مَنْ هو نائبٌ عنه.

وعلى المُستأجِرِ في إجارةِ الدارِ والحانوتِ تَسليمُ المِفتاحِ[1] إلى المُؤاجِرِ بعدَ انتهاءِ المُدَّةِ، وأما في الدابَّةِ التي استأجَرَها للرُّكوبِ في حَوائِجِه في المِصرِ وَقتًا مَعلومًا، ليسَ علَيه أنْ يُسَلِّمَها إلى صاحِبِها بأنْ يَذهَبَ بها إلى مَنزِلِه، وعلى المُؤاجِرِ أنْ يَقبِضَها مِنْ منزلِ المُستأجِرِ؛ لأنَّه حَصَلَتْ له المَنفَعَةُ بالتَّسليمِ إلى المُستأجِرِ وهوَ الأَجرُ، فَلَمْ يَكُنْ علَيه الرَّدُّ كما في الوَديعةِ، حتى لو أمسَكَها أيامًا ولمْ يَنتَفِعْ بها، فَهَلَكَتْ في يَدِه لم يَضمَنْها.

وفي العاريَّةِ والغَصْبِ يَجِبُ الرَّدُّ على المُستَعيرِ والغاصِبِ.

ولو استأجَرَ مِنْ مَوضعٍ مُسمًّى في المِصرِ، إلى مكانٍ مَعلومٍ ذاهِبًا وجائِيًا، فإنَّ على المُستأجِرِ أنْ يأتِيَ بها إلى ذلك المَوضِعِ الذي قَبَضَها فيه؛ لأنَّ انتهاءَ الإجارةِ إلى هذا المَوضِعِ، فَعَلَيه أنْ يأتِيَ بها إليه؛ لأنَّ الرَّدَّ واجِبٌ على المُستأجِرِ، فإنْ حَمَلَها إلى مَنزِلِه فَأمسَكَها حتى عَطِبَتْ ضَمِنَ؛ لأنَّه تَعدَّى في حَملِها إلى غيرِ مَوضِعِ العَقدِ، حتى لو قالَ المُستأجِرُ: «أركَبُها مِنْ مَوضِعِ كذا إلى مَوضِعِ كذا وأَرجِعُ إلى مَنزلي»، فَلَيسَ على المُستأجِرِ أنْ يَرُدَّها إلى مَنزِلِ المُؤاجِرِ؛ لأنَّ الإجارةَ انقَضَتْ فَبَقِيَتْ أمانَةً في يَدِه، فلا يَجِبُ علَيه الرَّدُّ كما في الوَديعةِ.

---

(١) في «ز»: (المستأجر).

وأما الإجارةُ على الأعمالِ: كاستِئجارِ الإسْكافِ والقَصَّارِ والصَّبَّاغِ وسائرِ مَنْ يُشترَطُ علَيه العَمَلُ في سائرِ الأعمالِ، مِنْ حَملِ الأشياءِ مِنْ مَوضِعٍ إلى مَوضِعٍ ونَحوِها، وهو نَوعانِ: استِئجارُ الأجيرِ المُشترَكِ، والأجيرِ الخاصِّ الذي يُسمَّى الأجيرَ الوَحْدَ(١).

ـ فالأجيرُ المُشترَكُ كَاسْمِه، الذي يَتَقَبَّلُ الأعمالَ مِنَ الناسِ كالصَّبَّاغِ والقَصَّارِ ونَحوِهِما.

ـ والأجيرُ الوَحْدُ كَاسْمِه، الذي يَعمَلُ لِلواحِدِ مُدَّةً مَعلومَةً، فَلِلأولِ أنْ يَعمَلَ لهم جَميعًا، وليسَ لِمَنِ استأجَرَه أنْ يَمنَعَه عنِ العَمَلِ لِغيرِه، وفي الأجيرِ الوَحْدِ ليسَ له ذلكَ، ولِلمُستأجِرِ أنْ يَمنَعَه.

ثُم أحكامُهما تَختلفُ في بعضِ الأشياءِ، وتَتَّفقُ في البعضِ، فالأجيرُ الوَحْدُ لا يَكونُ ضامِنًا لِلعَينِ التي تُسَلَّمُ إليه لِلعَمَلِ فيه، كما إذا استأجَرَ يَومًا أو شَهرًا قَصَّارًا أو خَيَّاطًا لِيَعمَلَ له لا غيرَ، حتى لو هَلَكَ في يَدِه لا بِصُنعِه لا يَضمَنُ بالإجماعِ، وكذلكَ لو تَخَرَّقَ بِصُنعِ الذي هو مِنَ العَمَلِ المَأذونِ فيه.

فأما الأجيرُ المُشترَكُ فلا يَكونُ ضامِنًا، والعَينُ التي في يَدِه أمانَةٌ عندَ أبي حنيفةَ وزُفَرَ، وعلى قَولِ أبي يوسفَ ومحمدٍ يَكونُ مَضمونًا لو هَلَكَ بغَيرِ صُنعِه، إلا إذا هَلَكَ بِحَرْقٍ غالِبٍ أو بِغَرَقٍ غالِبٍ ونحوِ ذلكَ.

ولو تَخَرَّقَ بِصُنْعٍ مُعتادٍ بأنْ دُقَّ دَقَّ مِثلِه، أو ألقاهُ في النُّورَةِ فاحترَقَ، أو المَلَّاحُ إذا غَرِقَتِ السَّفينَةُ مِنْ عَمَلِه، والحَمَّالُ إذا سَقَطَ وَفَسَدَ الحِملُ، أو الراعي المُشترَكِ إذا

(١) أجيرُ وَحْدٍ، بالإضافة، ووَحْد: بسكون الحاء وفتحها، يقال: رجلٌ وَحَدٌ أي: منفردٌ، من الوحد بمعنى الوحيد، ومعناه أجير المستأجر الواحد، وفي معناه الأجير الخاص؛ وهو خلاف الأجير المشترك، انظر «حاشية ابن عابدين» (٦/ ٦٩).

ساقَ الدَّوابَّ فَضَرَبَ بَعضُهُم بَعضًا في حالِ سِياقِه حتى هَلَكَ، يَكونُ مَضمونًا عندَ أصحابِنا الثلاثةِ.

وقالَ زُفَرُ والشافعيُّ: لا يَضمَنُ[1]، والمَسألةُ مَعروفةٌ.

ولو استأجَرَ البَزَّاغَ والفَصَّادَ والخَتَّان فَعَمِلوا عَمَلَهم، ثُم سَرَى إلى النَّفسِ وماتَ لا ضَمانَ علَيهم؛ لأنَّه ليسَ في وُسعِهِمُ الاحترازُ عن ذلكَ.

ولو تَخَرَّقَ بِدَقِّ أَجيرِ القَصَّارِ لا ضَمانَ علَيه، ولكن يَجِبُ الضَّمانُ على الأُستاذِ؛ لأنَّ عَمَلَه يَنتَقِلُ إليه، كأنَّه فَعَلَه بِنَفسِه.

ولو وَطِئَ على ثَوبٍ مِنَ القِصارَةِ فَخَرَقَه ضَمِنَ؛ لأنَّ هذا ليسَ مِنْ تَوابعِ العَمَلِ، ولو وَقَعَ مِنْ يَدِه سِراجٌ فأحرَقَ ثَوبًا مِنْ ثيابِ القِصارةِ، فالضَّمانُ على الأُستاذِ لا علَيه؛ لأنَّ الذَّهابَ والمَجيءَ بالسِّراجِ عَمَلٌ مأذونٌ فيه، وكذا لو انقلَبَ الكُذِينُ[2] مِنْ يَدِه فَخَرَقَ ثَوبًا مِنَ القِصارَةِ فالضَّمانُ على الأُستاذِ؛ لأنَّ هذا مِنْ عَمَلِ القِصارَةِ، ولو وَقَعَ على ثَوبٍ وَديعَةٍ عندَ الأُستاذِ فَخَرَقَه ضَمِنَه الأجيرُ، وكذا في السِّراجِ إذا حَرَقَه.

ولو هَلَكَ العَينُ المَعمولُ فيه هل يَسقُطُ الأجْرُ؟، فهذا لا يَخلو إما إنْ كانَ العَينُ المَعمولُ فيه في يَدِ الأجيرِ أو في يَدِ المُستأجِرِ، فإنْ كانَ في يَدِ الأجيرِ فَهو على وَجهَينِ:

إما إنْ كانَ لِعَمَلِه أَثَرٌ في العَينِ كالقِصارَةِ والصِّباغَةِ، فإنَّما يَجِبُ الأجْرُ بتَسليمِ ذلكَ الأثرِ[3]، فإذا هَلَكَ قبلَ التَّسليمِ في يَدِه سَقَطَ الأجْرُ؛ لأنَّه لم يُسَلِّمِ المَعقودَ عليه.

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (٧/ ٤٢٧)، والتهذيب في فقه الإمام الشافعي (٤/ ٤٦٧-٤٦٨)، وجواهر العقود (١/ ٢١٦).

(٢) في «أ»: (كودين). والكُذِين: وقيل بفتح الذال، عصا يَضرِب بها القصَّارُ الثوبَ، ويقال لها: المِيجنة أو الميجمة، انظر: «تاج العروس» (وجم)، «المجموع المغيث» (أجن).

(٣) في «س»: (الأجر).

فإن لم يَكُنْ لِعَمَلِه أَثَرٌ في العَينِ كالحَمَّالِ والمَلَّاحِ، فكَمَا فَرَغَ مِنَ العَمَلِ يَجِبُ الأَجْرُ وإنْ لم يُسَلِّمِ العَينَ إلى صاحِبِه؛ لأنَّ المَعقودَ عليه المَنفَعَةُ ونَفْسُ العَملِ، فإذا انتَهَتِ المُدَّةُ فقدْ فُرِغَ مِنَ العَمَلِ، وصارَ مُسَلَّمًا في العَينِ الذي هو مِلكُ صاحِبِه، فلا يَسقُطُ الأَجْرُ بالهَلاكِ بعدَه.

ولهذا قالوا: إنَّ كُلَّ عَمَلٍ له أَثَرٌ في العَينِ، كانَ له حَقُّ حَبسِ العَينِ حتى يَستوفِيَ الأَجْرَ؛ لأنَّ البَدَلَ يُستَحَقُّ بمُقابَلَةِ ذلك الأَثَرِ، وما لا أَثَرَ له لا يَثبُتُ فيه حَقُّ الحَبْسِ؛ لأنَّ العَمَلَ المَعقودَ علَيه ليسَ في العَينِ، ولهذا قالوا: إنَّ الحَمَّالَ إذا حَبَسَ المَتاعَ الذي في يَدِه ليَستَوفِيَ الأَجْرَ فَهَلَكَ في يَدِه يَضمَنُ؛ لأنَّ العَينَ أمانةٌ، فإذا حَبَسَ صارَ غاصِبًا فيَضمَنُ.

وإما إذا كانَ العَينُ المَعمولُ فيه في يَدِ المُستأجِرِ، بأنْ عَمِلَ الأجيرُ في مِلكِ المُستأجِرِ أو فيما في يَدِه مِنْ فِناءِ مِلكِه ونحوِ ذلك، فإذا فَرَغَ مِنَ العَمَلِ يَستَحِقُّ كُلَّ الأَجْرِ، وإنْ لم يَفرُغْ وعَمِلَ بَعضَه يَستَحِقُّ الأَجْرَ بِقَدْرِه، ويَصيرُ ذلك مُسَلَّمًا إلى صاحِبِه، حتى إنَّه إذا استأجَرَ إنسانًا ليَبنِيَ له بِناءً في دارِه، أو فيما في يَدِه، أو يَعمَلَ له ساباطًا[1] أو جَناحًا، أو يَحفِرَ له بِئرًا أو قَناةً أو نهرًا في مِلكِه أو فيما في يَدِه، فانهَدَمَ البِناءُ، أو انهارَتِ البِئرُ، أو سَقَطَ السَّاباطُ، لم يَسقُطْ شَيءٌ مِنَ الأَجْرِ إنْ كانَ بعدَ الفَراغِ، وإنْ كانَ قبلَ الفراغِ يَجِبُ بِقَدْرِ حِصَّةِ العَمَلِ.

وأما إذا كانَ الحَفرُ أو البِناءُ في غيرِ مِلكِه ويَدِه، فَلَمْ يَصِرْ مُسَلَّمًا إليه بالعَمَلِ، فما لم تُوجَدِ التَخليةُ مِنَ الأجيرِ بينَ المُستأجِرِ وبينَه لم يَصِرْ قابِضًا للمَعقودِ علَيه، فإذا فَسَدَ قبلَ ذلكَ أو هَلَكَ سَقَطَ الأَجْرُ.

---

(١) السَّاباط: طريق بين حائطين تحته طريق، انظر «مختار الصحاح» (سبط).

وعلى هذا إذا استأجَرَ لِيَضرِبَ له لَبِنًا في مِلكِهِ، فَضَرَبَ اللَّبِنَ، لا يَصيرُ قابِضًا حتى يَجِفَّ اللَّبِنُ ويَنصِبَه في قولِ أبي حنيفةَ، وعندَهُما حتى يُشَرِّجَه[1]، وإنْ كانَ ذلكَ في غيرِ مِلكِهِ أو غيرِ يَدِه لم يَكُنْ له الأَجْرُ حتى يُسَلِّمَه إليه مَنصُوبًا عندَه، وعندَهما مُشَرَّجًا؛ لأنَّه لم يَكُنْ في يَدِه حتى يَصيرَ العَمَلُ مُسَلَّمًا إليه، فلا بُدَّ مِنَ التَّخلِيةِ بعدَ الفَراغِ مِنَ العَمَلِ.

وعلى هذا الخَيَّاطُ يَخيطُ له في مَنزِلِه قَميصًا، فإنْ خاطَ بَعضَه لم يَكُنْ له أجْرٌ؛ لأنَّ هذا العَمَلَ لا يُنتَفَعُ بِبَعضِه، فإذا فَرَغَ منه ثُم هَلَكَ فَلَه الأَجْرُ؛ لأنَّه صارَ مُسَلَّمًا للعَمَلِ عندَه، واللهُ أعلمُ.

❁ ❁ ❁

---

(١) شرجت اللبن تشريجًا أي نضدت بعضه ببعض. انظر «العين» (شرج).

باب الإجارة الفاسدة وما يكون به مخالفاً

المُستأجَرُ إذا كانَ مَجهولًا، أو الأجْرُ مَجهولًا، أو العَمَلُ، أو المُدَّةُ، فالإجارَةُ فاسِدَةٌ؛ لأنَّها جَهالةٌ تُفضي إلى المُنازعَةِ كَما في البيعِ.

وإجارةُ المُشاعِ فيما يُقسَمُ أو لا يُقسَمُ فاسِدَةٌ عندَ أبي حنيفةَ وزُفَرَ، وعلى قولِهِما جائزةٌ وهو قولُ الشافعيِّ[1]، وأجمَعوا أنَّها مِنَ الشَّريكِ جائزةٌ، وأجمَعوا أنَّه لو أجَّرَ مِنْ رَجُلَينِ جازَ، ولو ماتَ أحدُهُما حتى بَطَلَتِ الإجارةُ في حِصَّتِه وصارَ مِلكًا للوارثِ، فيَصيرُ شُيوعًا طارئًا، فإنَّه لا تَبطُلُ الإجارةُ، فالشُّيوعُ المُقارِنُ مُفسِدٌ، والطَّارئُ غيرُ مُفسِدٍ، هذا هو المَشهورُ مِنَ الرِّوايةِ، والمَسألةُ تُعرَفُ في الخِلافيَّاتِ.

والإجارةُ على القُرَبِ والطَّاعاتِ، كالحَجِّ والإمامةِ والأذانِ ونَحوِها فاسِدَةٌ عندَنا[2]،

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (٧/ ٤٤٥)، و التهذيب في فقه الإمام الشافعي (٤/ ٤٢٦)، والبيان في مذهب الإمام الشافعي (٧/ ٢٩٧).

(٢) قال في «البناية شرح الهداية» (١٠/ ٢٧٨): «الأصل الذي بُنِيَ عليه حرمة الاستئجار على هذه الأشياء: أن كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستئجار عليها؛ لأن هذه الأشياء قربة تقع على العامل، قال الله تعالى: ﴿ وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَٰنِ إِلَّا مَا سَعَىٰ ﴾ [النجم: ٣٩]، فلا يجوز أخذ الأجرة من غيره كالصوم والصلاة».

وقال في «الهداية» (٣/ ٢٣٨): «وبعض مشايخنا استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم؛ لأنه ظهر التواني في الأمور الدينية، ففي الامتناع تضييع حفظ القرآن، وعليه الفتوى».

وقد نقل ابن عابدين في «الحاشية» (٦/ ٥٥) عن كتب المذهب جواز أخذ الأجرة على تعلم الفقه والإمامة والأذان والإقامة والوعظ، ثم قال: «ولكن الذي في أكثر الكتب الاقتصار على

خِلافًا للشافعيِّ[١].

والإجارةُ على المَعاصي كما إذا استأجَرَ مُغَنِّيًا أو نائِحَةً فهي فاسِدَةٌ.

ولا تَجوزُ إجارةُ النَّهرِ والبِئرِ والقناةِ معَ الماءِ، ولا إجارةُ المَراعي والآجامِ[٢]؛ لأنَّ هذه إجارةٌ على استِهلاكِ العَينِ، والإجارةُ لاستيفاءِ المَنافِعِ معَ بقاءِ العَينِ، ولو استأجَرَ نَهرًا يابِسًا أو مَوضِعًا مِنَ الأرضِ مَعلومًا ليَسيلَ فيه ماءُ المَطَرِ أو ماءُ الزِّراعَةِ لا يَجوزُ؛ لِلتَّفاوتِ في قِلَّةِ الماءِ وَكَثرَتِه، وذلكَ مِمَّا يَضُرُّ بالنَّهرِ، ورُوِيَ عن محمدٍ أنَّه يَجوزُ[٣].

ولو استأجَرَ طَريقًا في دارٍ لِيَمُرَّ فيها وَقتًا مَعلومًا لم يَجُزْ في قياسِ قولِ أبي حنيفةَ، ويَجوزُ على قياسِ قولِهِما، بناءً على إجارةِ المُشاعِ.

وإذا استأجَرَ رَجُلًا للبيعِ والشِّراءِ لا يَجوزُ؛ لأنَّه لا يَقدِرُ على ذلكَ إلا بِفِعلِ غيرِه، وأما إذا استأجَرَه شَهرًا لِيَبيعَ له ويَشتريَ جازَ؛ لأنَّ الإجارةَ وَقَعَتْ على مَنفَعَةِ المُدَّةِ، وهيَ مَعلومةٌ.

= ما في «الهداية» إلى أن قال: وقد اتفقت كلمتهم جميعًا على التصريح بأصل المذهب من دم الجواز، ثم استثنوا بعده ما علمته، فهذا دليل قاطع وبرهان ساطع على أن المفتى به ليس هو جواز الاستئجار على كل طاعة، بل على ما ذكروه فقط مما فيه ضرورة ظاهرة تبيح الخروج عن أصل المذهب».

(١) انظر: الحاوي الكبير (٤/ ٢٠)، و بحر المذهب للروياني (١/ ٤٣٣)، و النجم الوهاج في شرح المنهاج (٥/ ٣٥٣).

(٢) الآجام: جمع أجمة وهي منبت الشجر كالغيضة، وقال ابن سيده: هي الشجر الكثيف الملتف، انظر «لسان العرب» (أجم).

(٣) وعليه الفتوى؛ لعموم البلوى، انظر «حاشية ابن عابدين» (٦/ ٦٣).

ولو استأجَرَ أرضًا فيها رَطبَةٌ[١] سَنَةً لا يجوزُ؛ لأنَّه لا يُمكنُ تَسليمُها إلا بضَرَرٍ، وهوَ قَلعُ الرَّطبَةِ، فإنْ قَلَعَ رَبُّ الأرضِ الرَّطبَةَ وسَلَّمَ أرضًا بَيضاءَ جازَ، ويُجبَرُ على القَبولِ كَما إذا اشترى جُذُوعًا في سَقْفٍ.

ولو استأجَرَ[٢] عَبدًا للخِدمَةِ أو دابَّةً للحَمْلِ وشَرَطَ على المُستأجِرِ[٣] نَفَقَتَها فهي فاسِدَةٌ؛ لأنَّ قَدْرَ النَّفَقَةِ مَجهولٌ.

ثُم في الإجارةِ الفاسِدَةِ إذا استَوفى المَنفَعَةَ يَجِبُ أجْرُ المِثلِ مُقَدَّرًا بالمُسَمَّى عندَنا، وعندَ زُفَرَ يَجِبُ أجْرُ المِثلِ تامًّا على ما مَرَّ.

وأما بيانُ ما يَصيرُ به مُخالِفًا وما لا يَصيرُ به مُخالِفًا، فإذا استأجَرَ دابَّةً ليَحمِلَ علَيها شَيئًا مَعلومًا، فَحَمَلَ علَيها غيرَه، يُنظَرُ إنْ كانَ ضَرَرُ الدَّابَّةِ مِنْ حيثُ الخِفَّةُ والثِّقَلُ، فإنْ كانَ ذلكَ الشَّيءُ مثلَ المَأمورِ به أو أخَفَّ لا شَيءَ علَيه؛ لأنَّ التَّعيينَ لا فائدَةَ فيه.

وإنْ كانَ أثقَلَ فإنْ كانَ بخِلافِ جِنسِهِ بأنْ حَمَلَ مَكانَ الشَّعيرِ الحِنطَةَ فعَطِبَتِ الدَّابَّةُ فهو مُخالِفٌ وضامِنٌ فَلا أجْرَ علَيه؛ لأنَّها هَلَكَتْ بِفِعلِ غيرِ مأذونٍ فيه، فوَجَبَ الضَّمانُ دونَ الأجْرِ؛ لأنَّهُما لا يَجتمعانِ.

وإنْ كانَ مِنْ جِنسِهِ فحَمَلَ المُسَمَّى وزادَ علَيه، بأنْ حَمَلَ أحَدَ عَشَرَ قَفيزًا مَكانَ العَشَرَةِ، فإنْ سَلِمَتِ الدَّابَّةُ فلَهُ ما سَمَّى مِنَ الأجرِ، وإنْ عَطِبَتْ فهو ضامِنٌ لِجُزْءٍ مِنْ أحَدَ عَشَرَ جُزءًا مِنْ أجزاءِ الدَّابَّةِ، وعلَيه الأجْرُ الذي سَمَّى؛ لأنَّها ماتَتْ بفعلٍ[٤] مأذونٍ

(١) المراد بالرطْبَةِ هنا ما يبقى جذره في الأرض أبدًا ويقصف ورقه أو زهره ويباع كالنعناع، انظر «الدر المنتقى في شرح الملتقى» (٣/ ٥٢٤).

(٢) في «أ»: (اشترى).

(٣) في «س»: (وشرط المستأجر) وفي «أ»: (وشرط للمستأجر).

(٤) في «أ»: (بثقل).

وغيرِ مأذونٍ، فيُقسَمُ على قَدْرِ ذلكَ.

فأما إذا كانَ ضَرَرُ الدَّابَّةِ لا مِنْ حَيثُ الخِفَّةُ والثِقَلُ، بأنِ استأجَرَ دابَّةً ليَحمِلَ علَيها مِئةً مِنْ قُطنٍ فحَمَلَ مثلَ وَزنِهِ حَديدًا أو أَقَلَّ ضَمِنَ؛ لأنَّ ثِقَلَ القُطْنِ يَكونُ على جميعِ الأعضاءِ؛ لأنَّه يَنبَسِطُ على المَوضِعِ الذي حُمِلَ علَيه، فأما ثِقَلُ الحَديدِ فيَكونُ في مَوضِعٍ واحِدٍ، فيَكونُ أثَرُه أقوى في الضَّرَرِ.

وعلى هذا إذا استأجَرَها ليَركَبَها فأرْكَبَ مَنْ هو مثلَه في الثِّقَلِ أو أخَفَّ ضَمِنَ؛ لأنَّ ذلك يَختلفُ بالحِذْقِ والخَرَقِ.

ولو رَكِبَها وأرْكَبَ مع نفسِهِ غيرَه فعَطِبَتْ، فإنْ كانتِ الدَّابَّةُ مِمَّا يُمكنُ أنْ يَركَبَها اثنانِ يَضمَنُ نِصفَ قيمَتِها؛ لأنَّ التَّلَفَ حَصَلَ بِرُكوبِهِما، فصارَ كَما لو تَلِفَ بِجراحَتِهِما، وأحدُهُما غيرُ مأذونٍ، وإنْ كانَ لا يُمكنُ فعَلَيه جميعُ قيمَتِها؛ لأنَّ هذا إتلافٌ منه.

وعلى هذا إذا استأجَرَ دابَّةً بإكافٍ فأسْرَجَها لا ضَمانَ علَيه؛ لأنَّ الضَّرَرَ أقَلُّ؛ لأنَّه يأخُذُ مِنَ الظَّهْرِ أقَلَّ، وإنِ استأجَرَها[١] بِسَرْجٍ فأسْرَجَها سَرْجًا آخَرَ، إنْ كانَ مِثلَ الأولِ يُسرَجُ به الحِمارُ لا يَضمَنُ، وإنْ أسرَجَه بِسَرجِ الفَرَسِ يَضمَنُ، وإنْ أوكَفَهُ ذَكَرَ في «الأصلِ» أنَّه يَضمَنُ بِقَدْرِ ما زادَ الإكافُ على السَّرْجِ، وفي «الجامعِ الصغيرِ»[٢] على قولِ أبي حنيفةَ يَضمَنُ الكُلَّ، وعندَهُما بِقَدْرِ ذلكَ.

وإنِ استأجَرَ حِمارًا عُريانًا فأسْرَجَه، إنِ استأجَرَ ليَركَبَه خارجَ المِصْرِ لا يَضمَنُ، وإنِ استأجَرَ ليَركَبَه في المِصْرِ إنْ كانَ رَجُلًا مِنَ الأشرافِ والأوساطِ لا يَضمَنُ؛ لأنَّ

---

(١) في «س»: (استأجر حمارًا).

(٢) انظر «الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير» (١/ ٤٤٦).

مثلَه لا يَركَبُ مِنْ غيرِ سَرْجٍ، فيَكونُ إذنًا دَلالةً، وإنْ كانَ مِنَ الأسافِلِ يَضمَنُ؛ لأنَّ مِثلَه يَركَبُ بِغيرِ سَرْجٍ، وبالجُلِّ[1] ونحوِه، والسَّرْجُ أثقَلُ فَيَضمَنُ.

ثُم الإجارةُ تُفسَخُ بالأعذارِ المَخصوصَةِ عندَنا، وإنْ وَقَعَتِ الإجارةُ صَحيحَةً لازِمَةً بأنْ لم يَكُنْ ثَمَّ عَيبٌ ولا مانِعٌ مِنَ الانتفاعِ، وقال الشافعيُّ: لا تُفسَخُ[2]، والمَسألةُ مَعروفةٌ.

ثُم العُذرُ ما يَكونُ عارِضًا يَتَضَرَّرُ به العاقدُ مَعَ بقاءِ العَقْدِ، ولا يَندَفِعُ بِدونِ الفَسْخِ، بيانُ ذلكَ: إذا أرادَ المُستأجِرُ أنْ يَنتَقِلَ عَنِ البَلَدِ أو يَسافِرَ فَلَهُ أنْ يَنقُضَ الإجارةَ في العَقارِ وغيرِه، وكذا مُستأجِرُ الحانوتِ إذا تَرَكَ ذلكَ العَمَلَ أو التِّجارَةَ وانتَقَلَ إلى غيرِه، وكذا إذا أفْلَسَ.

وليسَ للمُؤاجِرِ الفسخُ بالسَّفَرِ والنُّقلَةِ عَنِ البَلَدِ؛ لأنَّه لا ضَرَرَ علَيه في تَبقِيَةِ العَقْدِ.

ومَرَضُ الجَمَّالِ والحَمَّالِ بحَيثُ يَضُرُّه الحَمْلُ يَكونُ عُذرًا في رِوايةِ أبي يوسفَ؛ لأنَّ غيرَه لا يَقومُ مَقامَه إلا بِضَرَرٍ، وذَكَرَ محمدٌ في «الأصلِ» وقال: مَرَضُ الجَمَّالِ لا يَكونُ عُذرًا؛ لأنَّ خُروجَه معَ الإبِلِ ليسَ بِمُستَحَقٍّ، وكذا الدَّينُ الذي لا طَريقَ للمُؤاجِرِ في قَضائِه إلا بِبَيعِ المُستأجَرِ يَكونُ عُذرًا، وكذا المُستأجِرُ إذا كانَ لا يَحصُلُ له النَّفعُ بما استأجَرَ إلا بِضَرَرٍ يَدخُلُه في مِلكِه أو بَدَنِه فَبَدا له عَنْ ذلكَ، فَلَه فَسْخُه، كَمَنِ استأجَرَ رَجُلًا ليُقَصِّرَ ثيابًا أو يَقْطَعَها أو يَخيطَها، أو يَنقُضَ دارًا له أو يَقطَعَ شَجَرًا أو يُحدِثَ في مِلكِه شَيئًا مِنْ بناءٍ أو تِجارةٍ أو حَفرٍ، أو ليَحتَجِمَ أو يَفتَصِدَ أو يَقلَعَ ضِرسًا له، أو ليَزرَعَ أرضًا له بِبِذرِه ونحوِ ذلكَ؛ لأنَّه إذا بَدا له مِنْ ذلكَ ظَهَرَ أنَّ له فيه ضَرَرًا.

---

(١) الجُلُّ: الغطاء الذي يوضع على ظهر الدابة، انظر «لسان العرب» (جلل).

(٢) انظر: الحاوي الكبير (١٥/ ٢٣٢)، و أسنى المطالب في شرح روض الطالب (٢/ ٤٣٠).

ثُم الإجارةُ تَبطُلُ بمَوتِ المُستأجِرِ أو المُؤاجِرِ عندَنا خِلافًا للشافعيِّ[١]، ونَعني به مَوتَ مَنْ وَقَعَ له عَقْدُ الإجارةِ دونَ العاقِدِ بنَفسِه، حتى إذا كانَ وَكيلًا لا تَبطُلُ.

فأما هَلاكُ المُستأجَرِ إنْ كانَ شَيئًا بعَينِهِ تَبطُلُ، وإنْ كانَ بغَيرِ عَينِهِ بأنْ وَقَعَتِ الإجارةُ على دوابَّ بغَيرِ عَينِها للحَمْلِ أو الرُّكوبِ، وسَلَّمَ إليه الدَّوابَّ فَهَلَكَتْ، فَعَلى المُؤاجِرِ أنْ يأتِيَ بغَيرِها ليَحمِلَ المتاعَ، وليسَ له أنْ يَفسَخَ؛ لأنَّه لمْ يَعجِزْ عنْ وَفاءِ ما التزَمَه بالعَقْدِ، وهو حَمْلُ مَتاعِه إلى مَوضِعِ كذا.

ثُم إجارةُ الظِّئْرِ[٢] مثلُ إجارَةِ عَبدِ الخِدمةِ، لا بُدَّ مِنْ بيانِ الوقتِ وبيانِ الأجْرِ ونحوِ ذلكَ، إلا أنَّ في الظِّئْرِ إذا استأجَرَها بِكِسوَتِها ونَفَقَتِها جازَ مِنْ غيرِ بيانٍ عندَ أبي حنيفةَ استِحسانًا.

وعندَ أبي يوسفَ ومحمدٍ والشافعيِّ لا يَجوزُ[٣]؛ لأنَّ هذه جَهالةٌ تُفضي[٤] إلى المُنازعَةِ غالبًا.

وإنَّها بمَنزلَةِ الأجيرِ الوَحْدِ، لا يَجوزُ لها أنْ تُرضِعَ غيرَه، وعلَيها الرَّضاعُ والقيامُ بأمْرِ الصَّبيِّ فيما يَحتاجُ إليه، مِنْ غَسلِهِ وغَسلِ ثيابِهِ وطَبخِ طَعامِهِ وتهيئَةِ ذلكَ، والطَّعامُ على الأبِ.

وذَكَرَ[٥]: وما يُعالَجُ به الصِّبيانُ مِنَ الرَّيحانِ والدُّهنِ فَعَلَى الظِئْرِ، ولكن هذا في عادةِ بَلَدِهِم، فأما في بِلادِنا بِخِلافه فَعَلى الأبِ.

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (٧/ ٤٠٠)، والإقناع للماوردي (١٠٠)، والتهذيب في فقه الإمام الشافعي (٤/ ٤٤٩).

(٢) الظئر: العاطفة على غير ولدها المرضعة له، انظر «لسان العرب» (ظأر).

(٣) انظر: المجموع شرح المهذب (١٥/ ٢٩)، و جواهر العقود (١/ ٢١٥).

(٤) في «أ» و«ز»: (لا تفضي).

(٥) يعني ذكره محمد في «الأصل»، انظر «بدائع الصنائع» (٤/ ٢٠٩).

ثُم الإجارةُ تتوقَّفُ على إجازةِ المالِكِ، ثُم يُنظَرُ إنْ أجازَ العَقدَ قبلَ استيفاءِ المَنفَعَةِ جازَ، وتكونُ الأُجرَةُ للمالِكِ، وإنْ أجازَه بعدَ استيفاءِ المَنفَعَةِ لم يَجُزْ بإجازتِه، وكانتِ الأُجرَةُ للعاقِدِ؛ لأنَّ المَنفَعَةَ الماضيَةَ تَلاشَتْ، فلا يَبقى العَقْدُ؛ لِفَواتِ[1] مَحلِّه، ولا تَلحَقُه الإجارةُ، ويَصيرُ العاقِدُ غاصِبًا بالتَّسليمِ، فَصارَ كالغاصِبِ إذا أجَّرَ.

فَقَدْ قالوا في الغاصِبِ: إذا أجَّرَ وَسَلَّمَ، ثُم قالَ المالكُ: «أَجَزْتُ ما أجَّرْتَ»، إنِ انقضَتِ المُدَّةُ فالأجْرُ للغاصِبِ، وإنْ كانَ[2] في نِصفِ المُدَّةِ فالأجْرُ كُلُّه للمالِكِ في قولِ أبي يوسفَ، وفي قولِ محمدٍ أجْرُ ما مَضى للغاصِبِ، وأجْرُ الباقي للمالِكِ.

وكذا قالَ محمدٌ فيمَنْ غَصَبَ أرضًا فأجَّرَها للزِّراعةِ، فأجازَ رَبُّ الأرضِ، قالَ: إنْ أعطاها مُزارَعَةً فأجازَها صاحبُ الأرضِ جازَتْ، وإنْ كانَ الزَّرعُ قدْ سَنبَلَ ما لم يَيبَسْ[3] فلا شَيءَ للغاصِبِ مِنَ الزَّرعِ؛ لأنَّ المُزارعَةَ كالشَّيءِ الواحِدِ لا يَنفَصِلُ بعضُ عَمَلِها عن بَعضٍ، فإذا أجازها قبلَ الفراغِ فجُعِلَ كالابتداءِ، وأما إذا يَبِسَ[4] الزَّرعُ فقدِ انقضى عَمَلُ المُزارعَةِ فلا تَلحَقُه الإجارةُ، فيَكونُ للغاصِبِ.

[عقد الاستصناع]

ثُم تفسيرُ الاستِصناعِ: هو عقدٌ على مبيعٍ في الذِّمَّةِ، وشَرْطُ عَمَلِه على الصَّانِعِ، والقياسُ أنْ لا يَجوزُ، وفي الاستحسان جائزٌ؛ لتعامُلِ الناسِ، لا جَرَمَ اختُصَّ جوازُه بما فيه تَعامُلٌ، كما في الخُفِّ والقَلَنْسُوَةِ والأواني ونحوِها، بعدَ بيانِ القَدْرِ والصِّفَةِ والنَّوعِ.

وهو عَقْدٌ غيرُ لازِمٍ، ولكُلِّ واحِدٍ منهُما الخِيارُ عنِ الامتناعِ قبلَ العَمَلِ، وبعدَ

---

(١) في «ز»: (بعد فوات).

(٢) في «س»: (أجاز).

(٣) في «أ» و«ز»: (يسمن).

(٤) في «أ» و«ز»: (سمن).

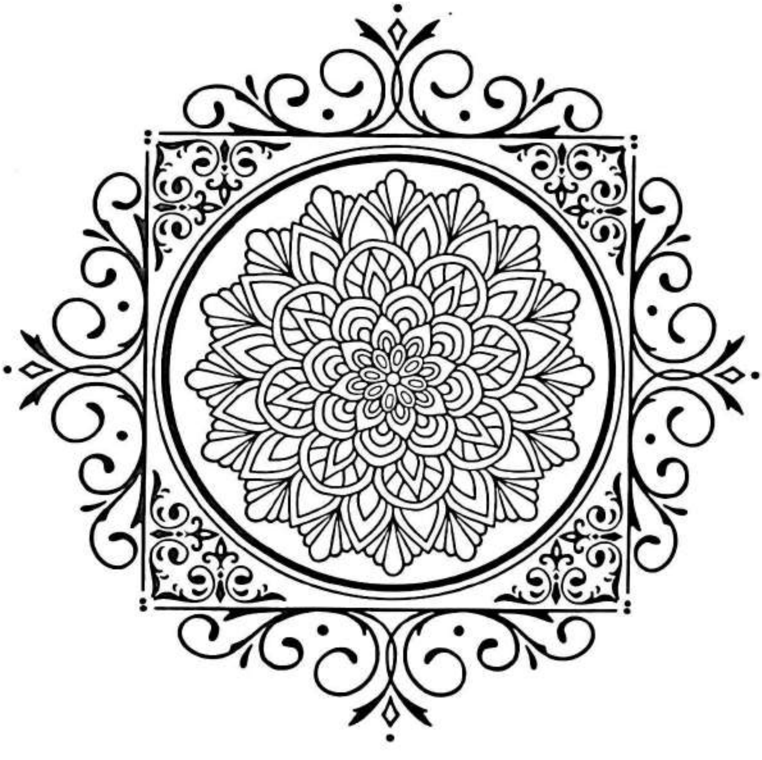
الفراغِ مِنَ العَمَلِ لهُما الخِيارُ، حتى إنَّ الصَّانِعَ لو باعَه قبلَ أنْ يَراه المُستَصنِعُ جازَ؛ لأنَّه ليسَ بِعَقْدٍ لازِمٍ.

فأما إذا جاءَ به إلى المُستَصنِعِ سَقَطَ خِيارُه؛ لأنَّه رَضِيَ بِكَونِه للمُستَصنِعِ حيثُ جاءَ به إليه.

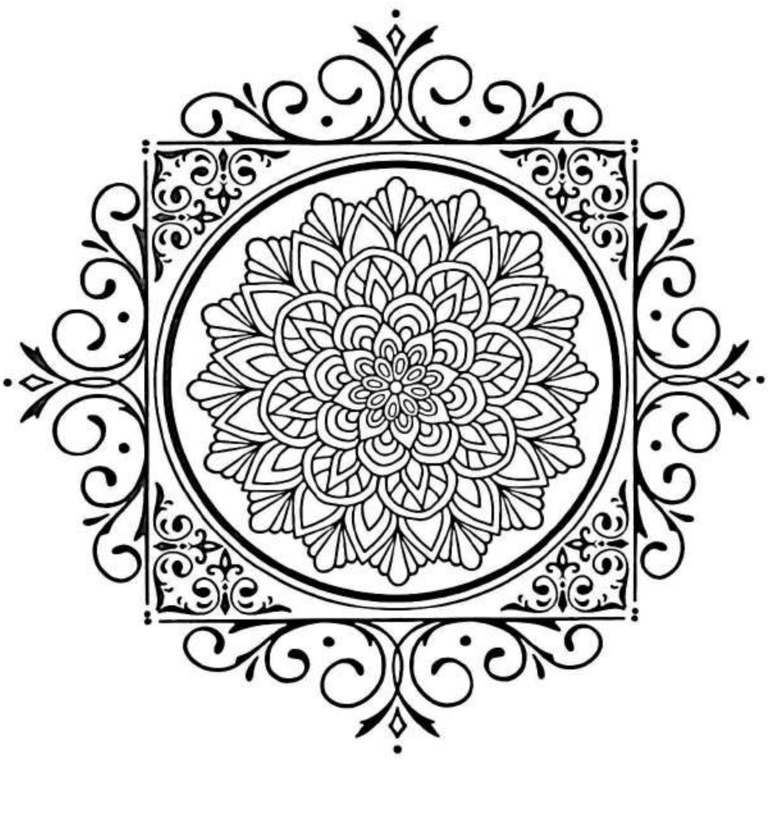
فإذا رآه المُستَصنِعُ فَلَه الخِيارُ، إنْ شاءَ أجازَ وإنْ شاءَ فَسَخَ عندَ أبي حنيفةَ ومحمدٍ، وقالَ أبو يوسفَ: لا خِيارَ له؛ لأنَّه مَبيعٌ في الذِّمَّةِ بمَنزلَةِ السَّلَمِ، وهُما يَقولانِ إنَّه بمَنزلَةِ العَينِ المَبيعِ الغائِبِ.

وإذا ضُرِبَ الأجَلُ في الاستِصناعِ يَنقَلِبُ سَلَمًا عندَ أبي حنيفةَ خِلافًا لهُما؛ لأنَّه إذا ذُكِرَ فيه الأجَلُ تَكونُ فيه جَميعُ معاني السَّلَمِ، والعِبرَةُ للمَعنى لا للَّفظِ، ولهذا لو استَصنَعَ ما لا يَجوزُ استِصناعُه حتى يَكونَ استِصناعًا فاسِدًا، واشتَرَطَ فيه الأجَلَ، يَنقَلِبُ سَلَمًا بلا خِلافٍ، كذا هذا، واللهُ أعلمُ.

❁ ❁ ❁



كتاب الشركة



كِتَابُ الشَّرِكَةِ

الشِّرْكةُ نوعانِ: شِّرْكةُ أملاكٍ، وشِّرْكةُ عُقودٍ.

وشِّرْكةُ الأملاكِ على ضَربَينِ:

أحدُهُما: ما كانَ بِفِعلِهما مثلَ أنْ يشتريا أو يُوهَبَ لهُما أو يُوصَى لهُما فَقَبِلا.

والآخَرُ: بغيرِ فِعلِهما، وهو أنْ يرِثا.

والحُكمُ في الفَصلَينِ واحدٌ، وهو أنَّ المِلكَ مُشترَكٌ بينَهما، وكُلُّ واحدٍ في نصيبِ شَريكِهِ كالأجنبيِّ، لا يَجوزُ له التَّصَرُّفُ فيه إلا بإذنِه.

وأما شِّرْكةُ العُقودِ فَعَلى ثلاثةِ أوجُهٍ: شِّرْكةٌ بالأموالِ، وشِّرْكةٌ بالأعمالِ، وشِّرْكةٌ بالوُجوهِ، ويَدخُلُ في كُلِّ واحدٍ منهُما شِّرْكةُ العِنانِ وشِّرْكةُ المُفاوضَةِ، فنَذكُرُ في كُلِّ نوعٍ كيفيَّتَه وشَرائِطَه وأحكامَه.

أما الشِّرْكةُ بالأموالِ فَلَها شُروطٌ، عِنانًا كانَتِ الشِّرْكةُ أو مُفاوضَةً.

منها: أنْ يَكونَ مالُ الشِّرْكةِ حاضِرًا، إما عندَ العَقدِ أو عندَ الشِّراءِ، ولا يجوزُ بمالٍ غائِبٍ أو دَينٍ في الحالَينِ، ولهذا قالوا فيمَن دَفَعَ إلى رَجُلٍ ألفَ درهمٍ وقالَ: «أخرِجْ مثلَها واشتَرِ بها وبِعْ، فما رَبِحْتَ كانَ بيَنَنا»، فأخرَجَ ألفًا واشترى بها جازَ، وإنْ لم يُوجَدِ المالُ العَينُ مِنَ الجِنْسِ عندَ العَقدِ، وإنَّما وُجِدَ عندَ الشِّراءِ، وإنَّما كانَ؛ لأنَّ الشِّرْكةَ لا تَتِمُّ إلا بالشِّراءِ، فكانَ وُجودُ المالِ عندَه كالمَوجودِ في الابتداءِ.

ومنها: أنْ يَكونَ رأسُ مالِ الشِّرْكةِ أثمانًا مُطلَقَةً مِنَ الدراهمِ والدنانيرِ عندَ أكثرِ العلماءِ، ويَصِحُّ عقدُ الشِّرْكةِ فيهما بالإجماع، ولو كانَ مِنْ أحدِهِما دراهمُ ومِنَ الآخَرِ دنانيرُ جازَتِ الشِّرْكةُ عندَنا، وعندَ زُفَرَ لا تَجوزُ.

وأما التِّبْرُ فَلا تَصِحُّ الشِّرْكةُ به، وجَعَلَه كَالعَرَضِ في هذا الكتابِ، وفي كتابِ الصَّرفِ جَعَلَه ثَمنًا.

وخَلْطُ المالَينِ ليسَ بِشَرطٍ عندَنا، وعندَ زُفَرَ شَرْطٌ.

وأما المَكيلُ والمَوزونُ والعَدَدياتِ المُتقاربةِ فَلا تَصِحُّ الشِّرْكةُ بها قبلَ الخَلطِ بالإجماعِ؛ لأنَّها ليسَتْ بأثمانٍ عندَ التَّعيينِ، والشِّرْكةُ لا تصح[1] فيها إلا وهي ثمن[2]، وإنَّما هي أثمانٌ في الذِّمَّةِ.

وأما بعدَ الخَلْطِ:

- قالَ أبو يوسفَ: لا تَصِحُّ الشِّرْكةُ فيه، وإنَّما صارَتْ شِرْكةَ أملاكٍ.
- وقالَ محمدٌ: صَحَّتِ الشِّرْكةُ بالخَلْطِ.

وإنَّما يَظهرُ الخِلافُ فيما إذا كانَ المَكيلُ نِصفَينِ، وقد شَرَطا أنْ يَكونَ الرِّبحُ أثلاثًا فَخَلَطاه واشتَرَيا به، قالَ أبو يوسفَ: الرِّبحُ على قَدْرِ المالَينِ، وقالَ محمدٌ: على ما شَرَطا.

وأما الشِّرْكةُ بالعُروضِ فلا تَجوزُ عندَنا، خِلافًا لمالِكٍ[3]؛ لأنَّ الشِّرْكةَ تَقتَضي الوَكالةَ، والتَّوكيلُ على الوجهِ الذي تَضَمَّنته الشِّرْكةُ لا يَصِحُّ في العُروضِ، فإنَّه لو قالَ لغيرِه: «بِعْ عَرَضَكَ على أنَّ ثَمَنَه بينَنا» لم يَصِحَّ، ولو قالَ لرَجُلٍ: «اشتَرِ بألفٍ مِنْ

(١) في «أ» و«س»: (تقع).

(٢) في «أ» و«س»: (عين).

(٣) انظر: المدونة (٣/ ٦٠٤)، والإشراف على نكت مسائل الخلاف (٢/ ٦٠٣).

مالِكَ على أنَّ ما اشترَيتَه بينَنا، وأنا أشتري بألفٍ مِنْ مالِيَ على أنَّ ما أشتري بينَنا» جازَ ذلكَ، فَلِهذا افترَقا.

وأما شَّرْكةُ العِنانِ:

فَتَفسيرُها: أنْ يُشارِكَ صاحِبَه في بعضِ الأموالِ التي ذكرْنا لا في جَميعِ الأموالِ، ويَكونَ كُلُّ واحِدٍ منهُما وَكيلًا عَنِ الآخَرِ في التَّصَرُّفِ في النَّوعِ الذي عَيَّنا مِنْ أنواعِ التِّجارَةِ، أو في جَميعِ أنواعِ التِّجارَةِ، إذا عَيَّنا ذلكَ أو أطْلَقا وبَيَّنا قَدْرَ الرِّبحِ.

وهذه الشِّرْكةُ جائزةٌ بِلا خِلافٍ؛ لأنَّها تَقتَضي الوَكالَةَ في التَّصَرُّفِ مِنْ كُلٍّ منهُما لصاحِبِه، والتَّوكيلُ صَحيحٌ.

ولهذا تَجوزُ الشِّرْكةُ بينَ كُلِّ مَنْ كانَ مِنْ أهلِ التِّجارةِ مَأذونًا فيها، كالعَبدِ المَأذونِ والصَّبيِّ المَأذونِ والمُكاتَبِ والذِّمِّيِّ، كَما يَجوزُ بينَ الأحرارِ البالِغينَ المُسلمينَ؛ لأنَّ قَبولَ الوَكالةِ صَحيحٌ منهم.

ويَجوزُ أنْ يَشتَرِطَ العَمَلَ علَيهِما بأنِ اشترَكا على أنْ يَبيعا ويَشتَرِيا على أنَّ ما رَزَقَ اللهُ تعالى مِنْ ذلكَ فَهوَ بينَهُما على كذا، ويَجوزُ أنْ يَشتَرِطا العَمَلَ على أحَدِهِما دونَ الآخَرِ.

ثُم لا شَكَّ أنَّهُما إذا شَرَطا الرِّبحَ بينَهُما نِصفَينِ جازَ بالإجماعِ، إذا كانَ رأسُ مالِهِما على السَّواءِ، سَواءٌ شَرَطا العَمَلَ علَيهِما أو على أحَدِهِما؛ لأنَّ استِحقاقَ الرِّبحِ بالمالِ أو بالعَمَلِ، وقد وُجِدَ التَّساوي في المالِ.

وإنْ شَرَطا الرِّبحَ بينَهُما أثلاثًا، فإنْ كانَ العَمَلُ علَيهِما جازَ، سَواءٌ كانَ فَضلُ الرِّبحِ لِمَنْ كانَ رأسُ مالِهِ أكثَرَ أو أقَلَّ؛ لأنَّه يَجوزُ أنْ يَكونَ له زِيادةُ حَذاقَةٍ فيَكونُ الرِّبحُ بزِيادَةِ العَمَلِ.

وإنْ شَرَطا العَمَلَ على أحَدِهما:

ـ فإنْ شَرَطا العَمَلَ على الذي شَرَطا له فَضْلَ الرِّبحِ جازَ؛ لأنَّه عامِلٌ في مالِهِ ورِبحُهُ له، وعامِلٌ في مالِ شَريكِهِ ببَعضِ رِبحِهِ، والرِّبحُ يُستَحَقُّ بالعَمَلِ.

ـ وإنْ شَرَطا العَمَلَ على أقَلِّهِما رِبحًا خاصَّةً لا يَجوزُ؛ لأنَّه شُرِطَ للآخَرِ فَضْلُ رِبحٍ بغَيرِ عَمَلٍ ولا ضَمانٍ، والرِّبحُ لا يُستَحَقُّ إلا بِمالٍ أو عَمَلٍ أو ضَمانٍ؛ ولا نَعني بِقَولِنا: «إلا بِعَمَلٍ» وُجودَه، بل نَعني به شَرْطَ العَمَلِ.

وإذا اشتَرَكَ الرَّجُلانِ بِمَالٍ على أنْ يَشتَرِيا ويَبيعا، فما كانَ مِنَ الرِّبحِ فهو بينَهُما ولم يَخلِطا، فَضاعَ مالُ أحدِهِما قبلَ الشِّراءِ فَقَدِ انتَقَضَتِ الشِّرْكةُ؛ لأنَّ الشِّرْكةَ تَعَيَّنَتْ في المالَينِ، فإذا هَلَكَ أحَدُهُما قبلَ الشِّراءِ بَطَلَتِ الشِّرْكةُ فيه، فَبَطَلَتْ في المَالِ الآخَرِ؛ لأنَّ صاحِبَه لم يَرضَ بِمُشارَكةِ شَريكِهِ فيه إلا بِشَرطِ الشِّرْكةِ في مالِهِ، وإذا بَطَلَتِ الشِّرْكةُ فما يَشتَرِيه بِمَالِهِ يَكونُ له خاصَّةً.

ولو اشترى بأحَدِ المالَينِ ثُم هَلَكَ المَالُ الآخَرُ، فما اشتراه فهو بينَهُما؛ لأنَّه اشترى مع بقاءِ الشِّرْكةِ فَمَلَكَ المُشترى، فَهَلاكُ المالِ بعدَ ذلكَ لا يُغَيِّرُ حُكمَ المِلكِ.

ثُم لكُلِّ واحِدٍ مِنْ شَريكَيِ العِنانِ بعدَما اشتَرَيا برأسِ المالِ أعيانًا، أنْ يَبيعَ مالَ الشِّرْكةِ بالنَّقدِ والنَّسيئَةِ، ويَشتَرِيَ بالنَّقدِ والنَّسيئَةِ، وإنَّما أرادَ الشِّراءَ بالنَّسيئَةِ فيما إذا كانَ في يَدِه دراهمُ أو دنانيرُ أو مَكيلٌ أو مَوزونٌ، فاشتَرى بذلك الجِنْسِ شَيئًا؛ لأنَّ الشَّريكَ وكيلٌ بالشِّراءِ، والوَكيلُ بالشِّراءِ يَملِكُ الشِّراءَ بالنَّسيئَةِ.

فأما إذا لم يَكُنْ في يَدِهِ ما ذكَرْنا وصارَ مالُ الشِّرْكةِ كُلُّه أعيانًا وأمتِعَةً فاشتَرى بدراهمَ أو دنانيرَ نَسيئَةً، فالمُشتَرى له خاصَّةً دونَ شَريكِهِ؛ لأنَّه لو صَحَّ في حَقِّ شَريكِهِ صارَ مُستَدينًا على مالِ الشِّرْكةِ، والشَّريكُ بِشَرِكةِ عِنانٍ والمُضارِبُ لا يَملِكانِ الاستِدانَةَ، إلا أنْ يُؤذَنَ لهُما في ذلكَ.

وكذا لِكُلِّ واحِدٍ أنْ يُبضِعَ ويُودِعَ ويُوَكِّلَ بالبيعِ، ويحتالَ بالثَّمَنِ، ويَستأجِرَ، ويُسافِرَ بمَالِ الشَّرْكةِ عندَ أبي حنيفةَ ومحمدٍ في أصَحِّ الرِّواياتِ.

وكذا يَقبِضُ ما باعَهُ بنَفسِهِ ويُخاصِمُ فيه، ولا يَقبِضُ ما باعَ صاحِبُه ولا يُخاصِمُ فيه، إلا إذا قالَ كُلُّ واحِدٍ منهُما لصاحِبِه: «اعمَلْ فيه برَأيِكَ»، جازَ أنْ يَعمَلا في ذلكَ ما كانَ مِنَ التِّجارةِ وتَوابِعِها مِنَ الرَّهنِ والارتهانِ ودفعِ المالِ مُضاربَةً، وبالسَّفَرِ بالمالِ في قَولِهِم، إلا القَرْضَ والهِبَةَ والكِتابَةَ والتَّزويجَ ونحوَ ذلكَ؛ لأنَّ هذا مِنْ بابِ التَّبرُّعِ ليسَ مِنْ جِنْسِ التِّجارةِ.

وأما شِّرْكةُ المُفاوضَةِ:

فَشَرْطُ صِحَّتِها أنْ تكونَ في جَميعِ التِّجاراتِ، ولا يَختَصُّ أحدُهُما بتجارةٍ دونَ شَريكِهِ.

وأنْ يَكونَ ما يلزَمُ أحَدَهُما مِنْ حُقوقِ ما يَتَّجِرانِ فيه لازِمًا للآخَرِ، وما يَجِبُ لكُلِّ واحدٍ منهُما يَجِبُ للآخَرِ، ويَكونُ كُلُّ واحدٍ منهُما فيما وَجَبَ لصاحِبِه بمَنزِلَةِ الوَكيلِ، وفيما وَجَبَ عليه بمَنزِلَةِ الكَفيلِ عنه.

ويتَساوَيانِ معَ ذلكَ في رُؤوسِ الأموالِ في قَدرِها وقيمَتِها، ويتَساوَيانِ في الرِّبحِ، فإنْ تَفاوَتا في شَيءٍ مِنْ ذلكَ لم تكُنْ مُفاوَضَةً، وكانَتْ عِنانًا.

فصارَتِ المُفاوضَةُ مُشتَمِلَةً على الوَكالَةِ والكَفالَةِ، والتَّساوي في الرِّبحِ والمالِ الذي تَقَعُ به الشِّرْكةُ، ولهذا لا يَجوزُ إلا بينَ المُسلمَينِ الحُرَّينِ البالغَينِ؛ لتَساويهِما في أهليَّةِ الكَفالَةِ وأهليَّةِ سائرِ التَّصرُّفاتِ، بخِلافِ العبدِ والصَّبيِّ والمُكاتَبِ والذِّمِّيِّ.

ثُم كُلُّ ما يَجوزُ لشَريكِ العِنانِ أنْ يَفعَلَه، يَجوزُ للمُفاوضِ أنْ يَفعَلَه أيضًا؛ لأنَّ شِّرْكةَ المُفاوضَةِ أعَمُّ، وكُلُّ ما كانَ شَرطًا في صِحَّةِ شِّرْكةِ العِنانِ، فهو شَرْطٌ في صِحَّةِ المُفاوضَةِ، وكُلُّ ما فَسَدَتْ به شِّرْكةُ العِنانِ، فهو مُفسِدٌ لِشِّرْكةِ المُفاوضَةِ.

ويَجوزُ للمُفاوضِ أيضًا ما لا يَجوزُ لشَريكِ شِركة العِنانِ، فما يَختَصُّ به المُفاوِضُ:

أنْ يَجوزَ إقرارُه بالدَّينِ على نفسِهِ وعلى شَريكِهِ، يُطالِبُ المُقَرُّ له أيَّهُما شاءَ؛ لكَونِ كُلٍّ واحدٍ منهُما كَفيلًا عن صاحِبِه.

وكذا ما وَجَبَ على كُلٍّ واحدٍ منهُما، مِنْ دَينِ سائرِ العُقودِ التي تكونُ في التِّجارةِ، مِنَ الشِّراءِ والبيعِ والاستِئجارِ، وغيرِ ذلكَ مِنْ سائرِ ما يَضمَنُه أحَدُهُما مِنَ الأموالِ بالغُصوبِ[1] والبيوعِ الفاسِدَةِ، والخِلافِ في الوَدائعِ والعَواري والاستِهلاكاتِ والإجاراتِ والارتهانِ والرَّهنِ والكَفالةِ بالمَالِ عندَ أبي حنيفةَ خِلافًا لهُما، والقَبْضِ والخُصومَةِ وإقامَةِ البَيِّنَةِ والاستِحلافِ على العِلمِ والكِتابةِ والإذنِ في التِّجارةِ لِعَبدِ الشَّرْكةِ وتَزويجِ الأمَةِ ونَحوِ ذلكَ.

ولا يَجوزُ أنْ يُعتِقَ شَيئًا مِنْ عَبيدِ التِّجارةِ ولا أنْ يُزَوِّجَهم.

وإذا اشتَرى أحَدُهُما طَعامًا لأهلِهِ أو كِسْوَةً أو ما لا يُتَّهَمُ فيه فذلكَ جائزٌ، وهو له خاصَّةً دونَ صاحِبِه، وللبائعِ أنْ يُطالِبَ بثَمَنِ ذلكَ أيَّهُما شاءَ، إلا أنَّهم قالوا: إنَّ الشَّريكَ يَرجِعُ على شَريكِهِ بِنِصفِ ثَمَنِ ذلكَ؛ لأنَّه قَضى دَينَه مِنْ مالِهِ بإذنِهِ دَلالةً.

وليسَ له أنْ يَشتَرِيَ جاريةً للوَطءِ أو للخِدمةِ بغيرِ إذنِ الشَّريكِ، وإذا اشتَرى أحَدُهُما جاريةً لِيَطَأَها بإذنِ شَريكِهِ فهي له خاصَّةً، ولا يَرجِعُ علَيه بِشَيءٍ، ولم يَذكُرِ الخِلافَ في كتابِ الشَّرْكةِ، وذَكَرَ في «الجامعِ الصغيرِ»[2] فقالَ: عندَ أبي حنيفةَ لا يَرجِعُ علَيه بشَيءٍ مِنَ الثَّمَنِ، وعندَهُما يَرجِعُ علَيه بِنَصيبِهِ على ما عُرِفَ ثَمَّةَ.

وأما الشَّرْكةُ بالوُجوهِ:

أنْ يَشتَرِكَ الرَّجُلانِ ولا مالَ لهُما، على أنْ يَشتَرِيا ويَبيعا بِوجوهِهِما، على أنَّ ما

---

(١) في «أ»: (والغصوب).

(٢) انظر «الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير» (١/ ٤٢٧).

اشتَرَيا أو أحدُهُما فهو بينَهُما نِصفانِ.

سُمِّيَتْ شَرْكَةَ الوُجوهِ؛ لأَنَّه لا يَشتَرِي بالنَّسيئَةِ إلا مَنْ له وَجهٌ عندَ الناسِ.

وهي عَقْدٌ جائزٌ عندَنا خِلافًا للشافعيِّ[1]؛ لتَعامُلِ الناسِ في الأعصارِ[2] مِنْ غيرِ نكيرٍ.

ثُم كيفَما شَرَطا وُقوعَ المِلكِ في المُشتَرى بينَهُما، إما نِصفانِ، أو كانَ لأحَدِهِما أكثَرُ فهوَ جائزٌ، ويقعُ المِلكُ بينَهُما كذلكَ، ويَكونُ الرِّبحُ على قَدْرِ مِلكِهِما، ولا يَجوزُ أنْ يُفضَلَ[3] أحَدُهُما على رِبحِ حِصَّتِه شَيئًا؛ لأنَّ الرِّبحَ يُستَحَقُّ في هذه الشَّرْكةِ بالضَّمانِ لا بالمالِ، والعَمَلُ والضَّمانُ على قَدْرِ الحِصَّةِ، فيَكونُ الرِّبحُ كذلكَ، ولو[4] جازَ شَرْطُه زيادةَ الرِّبحِ لشَرَطَ مِنْ غيرِ مالٍ وعَمَلٍ وضَمانٍ، وهذا لا يَجوزُ.

ثُم هُما في جَميعِ ما يَجِبُ لهُما ويَجِبُ علَيهِما، وما يَجوزُ فيه فِعلُ[5] أحَدِهِما على شَريكِهِ وما لا يَجوزُ بِمَنزِلةِ شَريكَيِ العِنانِ؛ لأَنَّهما أطلَقا الشَّرْكَةَ، والشَّرْكةُ المُطلَقَةُ تَقتَضي العِنانَ.

فإنِ اشتَرَكا بوجوهِهِما شَرْكَةَ مُفاوضَةٍ فذلكَ جائزٌ؛ لأَنَّهُما ضَمَّا إلى الوَكالةِ المُطلَقةِ الكَفالَةَ، وذلكَ جائزٌ إلا أنَّه لا بُدَّ مِنَ التَّساوي فيما يَتَبايَعانِهِ؛ لأنَّ المُفاوضَةَ تَمنَعُ مِنَ التَّفاضُلِ.

وأما الشَّرْكةُ بالأعمالِ: وهي تُسَمَّى شَرْكَةَ الصَّنائِعِ، وتُسَمَّى شَرْكَةَ الأبدانِ؛ لأنَّ

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (٦/ ٤٧٧)، و المهذب في فقه الإمام الشافعي للشيرازي (٢/ ١٥٩)، والبيان في مذهب الإمام الشافعي (٦/ ٣٧٤).

(٢) في «س»: (الأمصار).

(٣) فَضَلَ: من باب نصر وفيه لغة ثانية من باب فهم.

(٤) في «ز»: (إذ لو).

(٥) في «ز»: (بعمل).

العَمَلَ بالبَدَنِ يَكونُ، وهو أنْ يَشتَرِكَ اثنانِ في عَمَلِ القِصارَةِ والصِّباغَةِ على أنْ يَتَقَبَّلا الأعمالَ ويَعملا، فما أَخَذا مِنَ الأَجْرِ فهو بَينَهُما.

وهذهِ الشَّرْكةُ جائزةٌ عندَنا خِلافًا للشافعيِّ[1]، وهي مِمَّا جَرى به التَّعامُلُ في جميعِ الأعصارِ.

ثُم قد تكونُ مُفاوضَةً وقد تكونُ عِنانًا، فالمُفاوضَةُ ما ذَكَرا فيه لفظَةَ المُفاوضَةِ أو ذَكَرا ما هو في مَعنى المُفاوضَةِ، بأنِ اشتَرَطَ الصَّانعانِ على أنْ يَتَقَبَّلا الأعمالَ جَميعًا وأنْ يَضمَنا العَمَلَ جَميعًا على التَّساوي، وأنْ يَتَساوَيا في الرِّبحِ والوَضيعَةِ، وأنْ يَكونَ كُلُّ واحدٍ منهُما كَفيلًا عن صاحِبِه فيما لَحِقَهُ بِسَبَبِ هذه الشَّرْكةِ فهي مُفاوضَةٌ.

وإنْ شَرَطا على أنَّ ما قَبِلا مِنَ الأعمالِ وَضَمِنا العَمَلَ لأصحابِهِم فَعَلى أَحَدِهِما الثُّلُثانِ مِنَ العَمَلِ وعلى الآخَرِ الثُّلُثُ، والأَجْرُ والوَضيعَةُ بينَهُما على قَدْرِ ذلكَ، فهي شَرْكةُ عِنانٍ؛ لوُجودِ مَعنى شَرْكةِ العِنانِ، فكذا إذا ذَكَرَ لَفظَةَ العِنانِ.

وكذا لو أطلَقا فهي شَرْكةُ العِنانِ استِحسانًا؛ لأنَّهُما جَميعًا قَبِلا الأعمالَ وضَمِنا تَسليمَ ذلكَ إلى صاحِبِه، فيَكونُ ذلكَ جاريًا مَجرى المُفاوضَةِ في أنَّ العَمَلَ علَيهِما، ولصاحِبِ العَمَلِ أنْ يُطالِبَ بالعَمَلِ أيَّهُما شاءَ، ولكُلِّ واحدٍ منهُما أنْ يطالِبَ بأُجرَةِ العَمَلِ، فإلى أيِّهِما دَفَعَ صاحِبُ العَمَلِ يَبرأُ، وعلى أيِّهِما وَجَبَ ضَمانُ العَمَلِ كانَ لصاحِبِ العَمَلِ أنْ يُطالِبَ الآخَرَ، ولكنْ لا تَكونُ مفاوضَةً حقيقةً ما لم تُذكَرْ لَفظَةُ المُفاوضَةِ أو يُوجَدْ معناها، وهو ما ذكَرْنا.

(١) انظر: الحاوي الكبير (٦/ ٤٧٩)، ونهاية المطلب في دراية المذهب (٧/ ٢٣)، و الغاية في اختصار النهاية (٤/ ١٢٩).

حتى قالوا في الدَّينِ: إذا أقَرَّ به أحَدُهُما مِنْ ثَمَنِ صابونٍ أو أُشنانٍ، أو أجَّرَ أجيرًا أو حانوتًا قد مَضى، فإنَّه لا يُصَدَّقُ على صاحِبِه إلا بإقرارِهِ أو بِبيِّنَةٍ قامتْ علَيه، ويَستوي أنْ تكونَ الشَّرْكةُ في نوعِ عَمَلٍ يَعمَلانِ ذلكَ، أو يَعمَلُ أحَدُهُما عَملًا والآخَرُ غيرَ ذلكَ، أو لمْ يَعمَلْ بعدَ أنْ ضَمِنا جَميعًا العَمَلَينِ جَميعًا؛ لأنَّ الإنسانَ قد يَعمَلُ بنَفسِهِ وأجيرِهِ، فإنْ عَمِلَ أحَدُهُما دونَ الآخَرِ، والشَّرْكةُ عِنانًا أو مُفاوضَةً، فالأجْرُ بينَهما إنْ شَرَطا العَمَلَ علَيهِما والتَزَما ذلكَ، فيَكونُ أحَدُهُما مُعينًا للآخَرِ، كالقصَّارِ إذا استَعانَ برَجُلٍ في القِصارَةِ.

وكذلكَ إذا شَرَطَ لأحَدِهِما زيادةَ أجْرٍ وشَرَطا العَمَلَ على قَدْرِ الأجْرِ والوَضيعةِ كذلكَ، فهو جائزٌ، وإنْ كانَ عَمَلُ الذي شُرِطَ له الأجْرُ القَليلُ أكثَرَ؛ لأنَّ الرِّبحَ بِقَدْرِ ضَمانِ العَمَلِ لا بِحَقيقةِ العَمَلِ، وإنْ شَرَطا الوَضعيَّةَ نِصفانِ لا يَصِحُّ، ويَبطُلُ، وتكونُ الوَضيعَةُ على ما شَرَطا مِنْ ضَمانِ العَمَلِ والأجْرِ كذلكَ.

ولو جَنَتْ يَدُ أحَدِهِما فالضَّمانُ علَيهِما جَميعًا؛ لأنَّ ذلكَ بناءً على ضَمانِ العَمَلِ، وقد ضَمِنا جَميعًا، واللهُ أعلمُ.

❁ ❁ ❁

باب الشّركة الفاسدة

وهي أنواعٌ:

مِنْ ذلكَ الاشتراكُ في جَميعِ المُباحاتِ التي تُملَكُ بالأخْذِ، مثل: الاصطيادِ والاحتِطابِ والاحتِشاشِ والاستِقاءِ واجتِناءِ الثِّمارِ وحَفرِ المعادِنِ، فإنِ اشتَرَكا[1] على أنَّ ما أصابا مِنْ ذلكَ فهوَ بينَهُما، فالشِّرْكةُ فاسِدَةٌ، ولِكُلٍّ واحِدٍ منهُما ما أخَذَه؛ لأنَّ الشِّرْكةَ تَقتَضي الوَكالَةَ، والوَكالَةُ على الاصطيادِ ونَحوِه لا تَصِحُّ، وإذا فَسَدَتْ فالأخْذُ سَبَبُ المِلكِ، فتكونُ مِلكًا له.

ثُم يُنظَرُ:

- إنْ أخَذا جَميعًا معًا فهو بينَهُما؛ لاستِوائِهِما في سَبَبِ المِلكِ.
- وإنْ أخَذَ كُلُّ واحِدٍ منهُما شَيئًا بانفرادِهِ وخَلَطاه وباعاه:

❁ فإنْ كانَ مِمَّا يُكالُ أو يُوزَنُ، يُقسَمُ الثَّمَنُ على قَدْرِ الكَيلِ والوَزنِ الذي لِكُلٍّ واحِدٍ منهُما.

❁ وإنْ كانَ مِمَّا لا يُكالُ ولا يُوزَنُ، يُقسَمُ بينَهُما بِضَربِ كُلِّ واحِدٍ منهُما بِقيمَةِ الذي له.

❁ وإنْ لم يُعرَفِ الكَيلُ والوَزنُ والقيمةُ، يُصَدَّقُ كُلُّ واحِدٍ منهُما فيما يَدَّعي إلى النِّصفِ، وإنِ ادَّعى أكثَرَ مِنَ النِّصفِ فَعَلَيه البَيِّنَةُ.

---

(١) في «أ»: (اشترطا).

وإنْ عَمِلَ أحَدُهُما وأعانَه الآخَرُ في عَمَلِه فلَه أجْرُ المِثلِ بالِغًا ما بَلَغَ عندَ محمدٍ، وعندَ أبي يوسفَ له أجْرُ مِثلِه، لا يُجاوَزُ به نِصفَ المُسَمَّى أو قيمَتَه أو نِصفَ ذلكَ الشَّيءِ الذي أعانَه فيه أو قيمَتَه، كَمَنْ قالَ لآخَرَ: «بِعْ هذا الثَّوبَ على أنَّ نِصفَ ثَمَنِه لكَ»، فإنَّه يجبُ أجْرُ المِثلِ مُقدَّرًا بنِصفِ ذلكَ الثَّمَنِ[1].

ومنها: أنْ يَكونَ لأحَدِهِما بَغْلٌ وللآخَرِ حِمارٌ، فاشتَرَكا على أنْ يُؤاجِرا ذلكَ، فما رَزَقَ اللهُ تعالى مِنْ شَيءٍ فَبَينَهُما، فأَجَّراهُما جَميعًا[2] بأجْرٍ مَعلومٍ في عَمَلٍ مَعلومٍ وحِمْلٍ مَعلومٍ، فإنَّ هذه الشِّرْكةَ فاسِدَةٌ؛ لأنَّ الوَكالَةَ على هذا الوَجهِ لا تَصِحُّ، بأنْ قالَ لآخَرَ: «آجِرْ بَعيرَكَ على أنَّ أجْرَه بَينَنا» فكذا الشِّرْكةُ، وإذا فَسدَتِ الشِّرْكةُ فالإجارةُ صَحيحةٌ؛ لوُقوعِها على مَنافِعَ مَعلومَةٍ بِبَدَلٍ مَعلومٍ، فيَقسِمانِ ما أخَذا مِنَ الأجْرِ على قَدْرِ أجْرِ مثلِ البَغْلِ والحِمارِ.

ومنها: أنَّه لو دَفَعَ إلى رَجُلٍ دابَّةً لِيُؤاجِرَها، على أنَّ الأجْرَ بينَهُما، كانَ ذلكَ فاسِدًا، والأجْرُ لِصاحِبِ الدَّابَّةِ، وكذلكَ السَّفينَةُ والدَّارُ؛ لأنَّه عَقَدَ على مِلكِ الغَيرِ بإذنِه، ويَجِبُ أجْرُ المِثلِ؛ لأنَّه استَوفى مَنفَعَةً بِعَقدٍ فاسِدٍ.

نوعٌ آخَرُ: رَجُلٌ اشتَرى شَيئًا فقالَ له الآخَرُ: «أشْرِكْني فيه»، فهذا بِمنزلةِ البيعِ والشِّراءِ بِمِثلِ ما اشتَرى في النِّصفِ، والتَّولِيَةُ أنْ يُجعَلَ كُلُّه له بِمثلِ ما اشتَرى على ما مَرَّ في كتابِ البيوعِ، فإنْ كانَ قبلَ أنْ يَقبِضَ الأولُ لَمْ يَجُزْ؛ لأنَّه بيعُ المَبيعِ المَنقولِ قبلَ القَبْضِ، وإنْ كانَ بعدَه جازَ، ويَلزَمُه نِصفُ الثَّمَنِ، وإنْ كانَ لا يَعلَمُ بِمقدارِ الثَّمَنِ، فهو بالخِيارِ إذا عَلِمَ، إنْ شاءَ أخَذَ وإنْ شاءَ تَرَكَ.

---

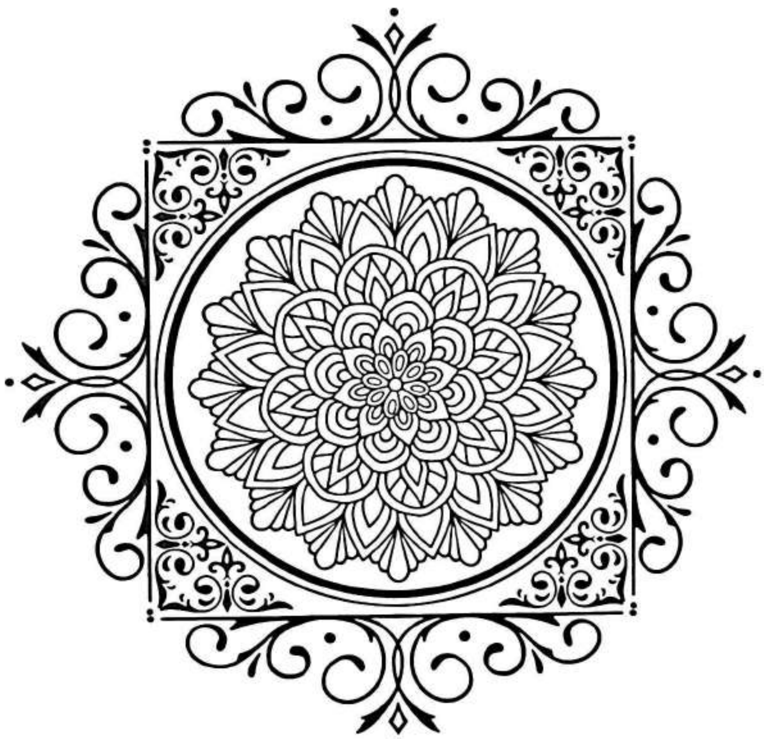
(١) المختار في هذه المسألة قول محمد، انظر «حاشية ابن عابدين» (٤/ ٣٢٦).

(٢) في «ز»: (بيعًا).

ولو اشتَرى رَجُلانِ عَبدًا، فأشْرَكا فيه رَجُلًا بعدَ القَبْضِ، فالقِياسُ أنْ يَكونَ لِلشَّريكِ النِّصفُ؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ منهُما لو أشْرَكَه في نَصيبِهِ على الانفِرادِ استَحَقَّ نِصفَ نَصيبِه، وكذا إذا أشْرَكاه مَعًا، وفي الاستِحسانِ يَكونُ له الثُّلُثُ؛ لأنَّ الشِّرْكةَ تَقتَضي المُساواةَ فإذا قالا له: «أشْرَكْناكَ فيه» فكَأنَّما قالا: «ساوَيناكَ»، فإنْ أشْرَكَه أحَدُهُما في نَصيبِهِ ونَصيبِ صاحِبِه فأجازَ شَريكُه ذلكَ، كانَ لِلدَّاخِلِ النِّصفُ ولِلأوَّلَينِ النِّصفُ؛ لأنَّه لمَّا أجازَ شَريكَه في نَصيبِهِ صارَ نِصفُ نَصيبِهِ له، وقدْ أشْرَكَه في نَصيبِ نَفسِهِ، فيَكونُ للثاني النِّصفُ، وبَقيَ لِكُلِّ واحدٍ منهُما الرُّبُعُ، واللهُ أعلمُ.

۞ ۞ ۞

كتاب المضاربة



كِتَابُ المُضَارَبَةِ

نَحتاجُ إلى:

- تفسيرِ المُضاربَةِ.
- والألفاظِ التي بها تَنعَقِدُ المُضاربَةُ.
- وإلى بيانِ شُروطِ صِحَّتِها، والشُّروطِ المُفسِدَةِ.
- وإلى بيانِ أحكامِها.

أما تفسيرُ المُضاربَةِ فهو: دَفعُ المالِ إلى غَيرِه لِيَتَصَرَّفَ فيه، ويكونَ الرِّبحُ بينَهُما على ما شَرَطا، فيَكونَ الرِّبحُ لِرَبِّ المالِ بِسَبَبِ مالِهِ؛ لأنَّه نَماءُ مالِهِ، وللمُضارِبِ باعتبارِ عَمَلِهِ الذي هو سَبَبُ وُجودِ الرِّبحِ.

وأما ألفاظُ المُضارَبَةِ: أنْ يقولَ: «دَفَعْتُ هذا المالَ إليكَ مُضارَبَةً» أو «مقارضةً[1]» أو «مُعامَلَةً»، أو «خُذْ هذا المالَ واعمَلْ فيه على أنَّ ما رَزَقَ اللهُ تعالى مِنْ شَيءٍ فهو بينَنا نِصفانِ»، أو «على أنَّ لكَ رُبُعَه» أو «خُمُسَه» أو «عُشْرَه»، ولم يَزِدْ على هذا فهوَ مُضارَبَةٌ.

ثُم هي نوعانِ: مُطلَقَةٌ وخاصَّةٌ.

أما المُطلَقَةُ: فأنْ يَدفَعَ المالَ إلى رَجُلٍ ويقولَ: «دَفَعْتُ هذا المالَ إليكَ مُضارَبَةً على أنَّ الرِّبحَ بَينَنا نِصفانِ».

---

(١) في «س»: (مفاوضة).

وأما الخاصَّةُ: فأنْ يَدفَعَ إليه ألفَ درهمٍ مُضارَبَةً على أنْ يَعمَلَ بها بالكوفَةِ، أو على أن يَعمَلَ بها في البَزِّ أو الخَزِّ، أو قالَ: «خُذْ هذا المالَ مُضارَبَةً بالنِّصفِ» على أنْ يَشتَرِيَ به الطعامَ ونحوَ ذلكَ.

وأما شَرائطُ صِحَّتِها: فَمِنها أنْ يَكونَ رأسُ المالِ مِنَ الأثمانِ المُطلَقَةِ، وكُلُّ ما يَصلُحُ رأسَ مالِ الشَّرِكةِ ويَصِحُّ به عَقْدُ الشَّرِكَةِ يَصِحُّ به عَقْدُ المُضارَبَةِ وإلا فَلا، وقد ذكَرْنا في الشَّرِكةِ.

وأما المُضاربَةُ بِرأسِ مالِ الدَّينِ فهوُ على وَجهَينِ:

أحدُهُما: أنْ يَكونَ الدَّينُ لِربِّ المالِ على رَجُلٍ فيقولَ له: «اعمَلْ بِدَيني الذي في ذِمَّتِكَ مُضاربَةً بالنِّصفِ».

فإنِ اشتَرى وباعَ فَجَميعُ ما اشتَرى وباعَ يملكه، وله رِبحُه وعلَيه وَضيعَتُه، والدَّينُ في ذِمَّتِه بِحالِه عندَ أبي حنيفةَ، بناءً على أصْلِه فيمَنْ وَكَّلَ رَجُلًا يشتَري له بالدَّينِ الذي في ذِمَّتِه لم يَجُزْ.

وعلى أصْلِهما يَجوزُ هذا التَوكيلُ، وبَرِئَ مِنَ الدَّينِ، فيَكونُ ما اشتَرى وباعَ لِربِّ المالِ، له رِبحُه وعلَيه وَضيعَتُه، والمُضاربَةُ فاسِدَةٌ؛ لأنَّ الشِّراءَ وَقَعَ لِلمُوَكِّلِ، فتكونُ مُضاربَةً بالعُروضِ[1].

فأما إذا قالَ له: «اقبِضْ ما لِيَ على فُلانٍ مِنَ الدَّينِ واعمَلْ به مُضاربَةً» جازَ؛ لأنَّه أضافَ المُضاربَةَ إلى المَقبوضِ، الذي هو أمانةٌ في يَدِه.

ومِنْ شَرْطِ صِحَّتِها: أنْ يَكونَ الرِّبحُ جُزءًا مَشاعًا مِنَ الجُملَةِ، فأما إذا عَيَّنَ بأنْ قالَ: «على أنَّ لكَ مِنَ الرِّبحِ مِئةَ درهمٍ» أو «نَحوَها» لا يَصِحُّ؛ لاحتِمالِ أنَّ الرِّبحَ لا يَكونُ

(١) الراجح قول الإمام، انظر «حاشية ابن عابدين» (٥/ ٦٤٧).

إلا هذا المِقدارَ، فلا يَحصُلُ الرِّبحُ لِربِّ المالِ، وكذا الوَصِيُّ لو دَفَعَ مالَ الصَّبيِّ مُضاربَةً، وشَرَطَ عَمَلَ الصَّغيرِ، فالمُضاربَةُ فاسِدَةٌ؛ لِبقاءِ يَدِ المالِكِ.

ومنها: انقطاعُ يَدِ ربِّ المالِ عن رأسِ المالِ شَرْطُ صِحَّتِها، حتى قالوا في المُضارِبِ: إذا دَفَعَ إلى ربِّ المالِ مُضاربَةً بالثُّلُثِ، فالمُضاربَةُ الثَّانيةُ فاسِدَةٌ.

ومنها: إعلامُ قَدْرِ الرِّبحِ؛ لأنَّ الرِّبحَ هو المَعقودُ علَيه، فَجَهالَتُه تُوجِبُ فَسادَ العَقْدِ، فكُلُّ شَرطٍ يُؤدِّي إلى جَهالَةِ الرِّبحِ يُفسِدُ المُضاربَةَ، وإنْ كانَ لا يُؤدِّي إلى جَهالَةِ الرِّبحِ يَبطُلُ الشَّرْطُ ويَصِحُّ العَقْدُ، مثلَ أنْ يَشتَرِطَ أنْ تكونَ الوَضيعَةُ على المُضارِبِ أو علَيهِما، فالشَّرْطُ يَبطُلُ ويَبقى العَقْدُ صَحيحًا، والوَضيعَةُ في مالِ المُضاربَةِ، وكذا إذا دَفَعَ ألفًا مُضاربَةً على أنَّ الرِّبحَ بينَهُما نِصفانِ، وعلى أنْ يَدفَعَ إليه رَبُّ المالِ أرضَه ليَزرَعَها سَنَةً، أو على أن يُسكِنَه دارَه سَنَةً، فالشَّرْطُ باطِلٌ والمُضاربَةُ جائِزةٌ.

وأما الأحكامُ فنقولُ: المُضاربَةُ تَشتَمِلُ على أحكامٍ مُختلِفَةٍ:

إذا دَفَعَ المالَ إلى المُضارِبِ فهو أمانَةٌ في حُكْمِ الوَديعةِ؛ لأنَّه قَبَضَه بأمْرِ المالِكِ، لا على طريقِ البَدَلِ والوَثيقَةِ.

فإذا اشتَرى به فهوَ وَكالَةٌ؛ لأنَّه تَصَرُّفٌ في مالِ الغَيرِ بإذنِهِ.

فإذا رَبِحَ صارَ شَرِكةً؛ لأنَّه مَلَكَ جُزءًا مِنَ المالِ بِشَرطِ عَمَلِه[1]، والباقي نَماءُ مالِ المالِكِ فهو له، وكانَ مُشترَكًا بينَهُما.

وإذا فَسَدَتِ المُضاربَةُ بِوَجهٍ مِنَ الوُجوهِ صارَتْ إجارَةً؛ لأنَّ الواجِبَ فيها أجْرُ المِثلِ، وذلكَ يَجِبُ في الإجاراتِ، فإنْ خالَفَ المُضارِبُ صارَ غاصِبًا، والمالُ مَضمونٌ عليه؛ لأنَّه تَعَدٍّ في مِلكِ غَيرِه.

(١) في «س»: (شرطًا لعمله).

ثُم مِنْ حُكْمِ المُضاربَةِ المُطلَقَةِ العامَّةِ أنْ يَتَصَرَّفَ المُضارِبُ في مالِ المُضاربَةِ ما بَدا له مِنْ أنواعِ التِّجاراتِ، وله أنْ يَدفَعَ بِضاعَةً ووَديعَةً، ويَستأجِرَ الأُجَراءَ والدَّوابَّ والبُيوتَ، وأنْ يَبيعَه بالنَّقدِ والنَّسيئَةِ، ويُوَكِّلَ وَكيلًا في الشِّراءِ والبيعِ، وله أنْ يَرهَنَ(١) في المُضاربَةِ، وله أنْ يُسافِرَ بالمالِ في الطَّريقِ الذي يُسافِرُ فيه التُّجارُ.

وليسَ له أنْ يُقرِضَ وأنْ يَستَدينَ على المُضاربَةِ، وأنْ يأخُذَ سُفْتَجَةً(٢) حتى يَأمُرَه(٣) بذلِكَ.

وليسَ له أنْ يَدفَعَ المالَ إلى غيرِه مُضاربَةً، وأنْ يُشارِكَه ويَخلِطَه بِمالِهِ ولا بِمالِ غَيرِه في قَولِهم جَميعًا.

وفي الرِّوايَةِ المَشهورَةِ: له أنْ يأذَنَ لِعَبيدِ المُضاربَةِ في التِّجارَةِ؛ لأنَّه عَادَةُ التِجارَةِ.

وأما المُضاربَةُ الخاصَّةُ: فَفي ما ذَكَرْنا مِنَ الأحكامِ مِثْلُ المُضاربَةِ العامَّةِ، وإنَّما يُفارِقُها في قَدْرِ الخُصوصِ، وهو أنْ يَتَقَيَّدَ بالمِصْرِ الذي قَيَّدَه بها، بِأنْ دَفَعَ المالَ مُضاربَةً لِيَعمَلَ بها بالكُوفَةِ، فَلَيسَ له أنْ يُخرِجَ المالَ مِنَ الكوفَةِ بِنَفسِهِ، ولا يُعطيها أيضًا بِضاعَةً لِمَنْ يَخرُجُ بها عَنِ الكوفَةِ، فإنْ أخرَجَها مِنَ الكوفَةِ ضَمِنَ إذا اشتَرى بها وباعَ، وما اشتَرى فهو لِنَفسِهِ، وإنْ لم يَشتَرِ بها شَيئًا حتى رَدَّه إلى الكُوفَةِ بَرِئَ مِنَ الضَّمانِ، ورَجَعَ المالُ مُضاربَةً على حالِهِ، كالمُودِعِ إذا خالَفَ في الوَديعَةِ ثُم عادَ إلى الوِفاقِ.

---

(١) في «أ»: (يرهن ويرتهن).

(٢) السُّفْتَجة: بضم السين وفتحها، هي إقراض لسقوط خطر الطريق، صورتها: أن يدفع إلى تاجر مالًا قرضًا ليدفعه إلى صديقه، وإنما يدفعه قرضًا لا أمانةً ليستفيد به سقوط خطر الطريق، وقيل: هي أن يقرض إنسانًا ليقضيه المستقرِض في بلد يريده المُقرِضُ ليستفيد به سقوط خطر الطريق.

وحكمها: الكراهة التحريمية، إلا إذا لم تكن المنفعة مشروطةً ولا متعارفةً فلا بأس، انظر «حاشية ابن عابدين» (٥/ ٣٥٠).

(٣) في «س»: (يأمن).

ولو دَفَعَ إليه على أنْ يَعمَلَ في سُوقِ الكوفَةِ، فَعَمِلَ بالكوفَةِ في غَيرِ سُوقِها فهو جائِزٌ على المُضاربَةِ استِحسانًا؛ لأنَّه لا[1] يفيد غالِبًا.

ولو قالَ له: «لا تَعْمَلْ إلا في سُوقِ الكوفَةِ»، فَعَمِلَ في غيرِ السُّوقِ، فَباعَ واشتَرى فهو ضامِنٌ؛ لأنَّ هذا حَجْرٌ، والأولُ تَخصيصٌ، وإنَّما يَصِحُّ التَّخصيصُ إذا كانَ مفيدًا، والحَجْرُ عن التَّصَرُّفِ في مِلكِ نَفسِهِ جائِزٌ، فلا يَصِحُّ التَّصَرُّفُ بِدُونِ إذنِه.

ثُم في المُضاربَةِ المُطلَقَةِ إذا نَهى ربُّ المالِ أنْ يُخرِجَ المالَ مِنَ المِصْرِ الذي اشتَراه فيه، وعَلِمَ بالنَّهيِ، فَلَيسَ له أنْ يَخرُجَ.

وحاصِلُ هذا: أنَّ في المُضاربَةِ المُطلَقَةِ إذا خَصَّصَها ربُّ المالِ بعدَ العَقدِ، فإنْ كانَ رأسُ المالِ بِحالِه، أو اشتَرى به مَتاعًا ثُم باعَه وقَبَضَ ثَمَنَه دراهمَ ودنانيرَ، فإنَّ تَخصيصَه جائزٌ، كما لو خَصَّصَ المُضاربَةَ في الابتداء؛ لأنَّه يَملِكُ التَّخصيصَ إذا كان فيه فائدةٌ، أما إذا كانَ مالُ المُضاربَةِ عُروضًا فلا يَصِحُّ نَهيُ ربِّ المالِ حتى يَصيرَ نَقدًا، وذلكَ نَحوَ أنْ يقولَ: «لا تَبِعْ بالنَّسيئَةِ»؛ لأنَّ المُضاربَةَ تَمَّتْ بالشِّراءِ، فلو أرادَ العَزلَ عنِ البيعِ لم يَصِحَّ عَزلُه، فكذلكَ عَنْ صِفَتِه.

ومنها: أنَّ المُضارِبَ ليسَ له أنْ يُنفِقَ مِنْ مالِ المُضاربَةِ ما دامَ في مِصْرِه، فإذا سافَرَ أنفَقَ مِنْ مالِ المُضاربَةِ لِنَفَقَتِه وكِسوَتِه ومَركوبِه وعَلَفِ دَوابِّه ونَفَقَةِ أجيرِه ومُؤنَتِه وما لا بُدَّ في السَّفَرِ منه عادةً، إلا مُؤنَةَ الحِجامَةِ والخِضابِ والنُّورَةِ، فهو مِنْ مالِه.

وروى الحسنُ أنَّ كُلَّ ما[2] تَثبُتُ فيه نَفَقَةُ الإنسانِ كانَ فيه الدَّواءُ والحِجامَةُ في قياسِ قولِ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ، وكذلكَ الدُّهنُ، وقال محمدٌ: الدُّهنُ في مالِه.

(١) سقط من «ز»: (لا).

(٢) في «أ»: (مال).

ولو أقامَ في مِصرٍ مِنَ الأمصارِ للبيعِ والشِّراءِ، ونَوى الإقامَةَ خَمسَةَ عَشَرَ يَومًا فَنَفَقَتُه[1] في مالِ المُضاربَةِ ما لم يَتَّخِذْ في المِصرِ دارًا للتَّوَطُّنِ، ثُم إذا دَخَلَ مِصرَه فما فَضَلَ مِنْ نَفَقَتِه وكِسوَتِه يَرُدُّه إلى مالِ المُضاربَةِ.

ثُم النَّفَقَةُ التي أنفقَ تُحتَسَبُ كُلُّها مِنَ الرِّبحِ إنْ كانَ له رِبحٌ، وإنْ لمْ يَكُنْ في المالِ رِبحٌ فهو مِنْ رأسِ المالِ، وما أنفقَه مِنْ مالِه مِمَّا له أنْ يُنفِقَه مِنْ مالِ المُضاربَةِ على نَفسِه فهو دَينٌ في المُضاربَةِ، كالوَصِيِّ إذا أنفَقَ على الصَّغيرِ مِنْ مالِ نَفسِه؛ لأنَّ تَدبيرَ ذلكَ مُفَوَّضٌ إليه.

ومنها: أنَّ قِسمَةَ الرِّبحِ قبلَ قَبْضِ رأسِ المالِ لا تَصِحُّ، حتى إنَّهما إذا اقتَسَما الرِّبحَ ورأسُ المالِ في يَدِ المُضارِبِ فَهَلَكَ، فَما أخَذَ ربُّ المالِ مِنَ الرِّبحِ يَكونُ مَحسوبًا مِنْ رأسِ المالِ، ويَرجِعُ على المُضارِبِ فيما قَبَضَه، حتى يَتِمَّ رأسُ المالِ، فإنْ فَضَلَ فهو رِبحٌ بينَهُما.

ولو هَلَكَ رأسُ المالِ في يَدِ المُضارِبِ قبلَ أنْ يَشتَرِيَ به شَيئًا، يَهلِكُ أمانَةً وتَنفَسِخُ المُضاربَةُ؛ لأنَّ المالَ يَتَعَيَّنُ في المُضاربَةِ.

والقَولُ في المُضاربَةِ الصَّحيحَةِ قَولُ المُضارِبِ، وفي الفاسِدَةِ قَولُ ربِّ المالِ، فأما إذا اشتَرى بالمالِ رَقيقًا فَهَلَكَ الرَّقيقُ فهو على المُضاربَةِ.

ولو كانَ رأسُ المالِ ألفًا فاشتَرى به شَيئًا فَهَلَكَ الألفُ قبلَ التَّسَلُّمِ، فإنَّه يَرجِعُ هو بألفٍ على ربِّ المالِ ثانيًا وثالِثًا ورابِعًا، ويكونُ ذلكَ كُلُّه رأسَ المالِ؛ لأنَّ المُضاربَةَ قد تَمَّتْ.

---

(١) زيد في «أ» و«م»: (وكسوته).

ولو ماتَ المُضارِبُ يَنفَسِخُ عَقدُ المُضاربَةِ؛ لِعَجزِه عَنِ العَمَلِ به، فَصارَ كما لو عَزَلَه، إلا أنَّ في العَزلِ لا بُدَّ مِنَ العِلمِ، وفي المَوتِ يَنفَسِخُ وإنْ لم يُعلَمْ؛ لأنَّه فَسْخٌ حُكميٌّ.

وكذلكَ إذا ماتَ ربُّ المالِ، فَيَنفَسِخُ، سَواءٌ عَلِمَ المُضارِبُ بِمَوتِه أو لا؛ لأنَّه فَسْخٌ حُكميٌّ، وهذا إذا كانَ المالُ نَقدًا، فأما إذا كانَ عُروضًا فإنَّ بيعَ المُضارِبِ جائزٌ، حتى يَصيرَ نَقدًا، فيُؤدِّي رأسَ المالِ ولا يَنعَزِلُ بالعَزلِ صَريحًا، وكذا بالمَوتِ.

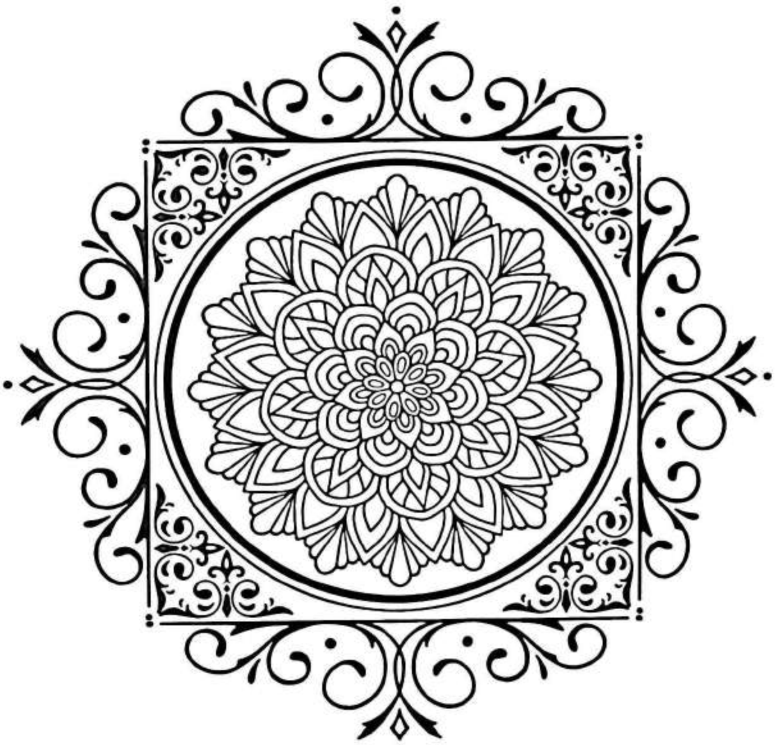
ثُم المُضاربَةُ متى فَسَدَتْ وقد رُبِحَ فيها، فالرِّبحُ لربِّ المالِ، وللمُضارِبِ أجْرُ المِثلِ؛ لأنَّ استِحقاقَ ربِّ المالِ الرِّبحَ؛ لكَونِه نَماءَ مالِه، والمُضارِبُ إنَّما يَستَحِقُّ بالشَّرْطِ، وقد فَسَدَ عقدُ المُضاربَةِ، لكنْ عَمِلَ له بِحُكْمِ عَقْدٍ فاسِدٍ، فيَلزَمُه أجْرُ المِثلِ، وكذا إذا لَمْ يَربَحْ؛ لأنَّه استَعمَلَه مُدَّةً في عَمَلِه فكانَ عليه أجْرُ العَمَلِ[1].

وفي المُضاربَةِ الصَّحيحَةِ إذا لم يَكُنْ رَبِحَ فلا شَيءَ للمُضارِبِ؛ لأنَّه عامِلٌ لنَفسِه، فلا يَسْتَحِقُّ الأجْرَ، واللهُ أعلمُ.

❁ ❁ ❁

---

(١) في «س»: (المثل).



كتاب الصرف



كِتَابُ الصَّرْفِ

الصَّرْفُ: اسمٌ لبيعِ الذَّهبِ بالذَّهبِ والفِضَّةِ بالفِضَّةِ، والتِّبْرُ والمَضروبُ والمَصوغُ في ذلكَ سَواءٌ، وكذا الجِنْسُ وخِلافُ الجِنْسِ، والمُفرَدُ والمَجموعُ معَ غيرِه، يُسَمَّى هذا العَقْدُ صَرْفًا؛ لاختِصاصِهِ بالتَّقابُضِ والصَّرْفِ مِنْ يَدٍ إلى يَدٍ.

وحُكمُه: حُكْمُ سائِرِ المَوزوناتِ والمَكيلاتِ في جَرَيانِ رِبا الفَضْلِ والنَّساءِ سَواءٌ، وذلكَ عندَ اتحادِ الجِنْسِ والقَدْرِ، وإنَّما اختُصَّ مِنْ بينِ سائِرِ البِيَاعَاتِ بثَلاثَةِ أشياءَ:

أحَدُها: أنَّه لا يَصِحُّ بِدونِ تَقابُضِ البَدَلَينِ قبلَ افتراقِ العاقِدَينِ بأنفُسِهِما.

فإذا عَقَدا عَقدَ الصَّرْفِ بأنْ باعَ دينارًا بدينارٍ أو دينارًا بعَشَرَةِ دراهمَ، سواءٌ كانا حاضِرَينِ وقتَ العَقْدِ أو لا، فإنَّه يَنعَقِدُ العَقدُ ويَنفُذُ إذا وُجِدَ التَّقابُضُ قبلَ افتراقِ العاقِدَينِ.

وكذلكَ إذا كانَ مَجموعًا معَ غيرِه، بأنْ باعَ ذَهَبًا وثَوبًا بِفِضَّةٍ أو ذَهَبٍ، فالفِضَّةُ تَنقَسِمُ على الذَّهَبِ والثَّوبِ، فما يَكونُ بِمُقابَلَةِ الذَّهَبِ يَكونُ صَرْفًا، وما يُقابِلُ الثَّوبَ يَكونُ بَيعًا، فإذا قَبَضَ حِصَّةَ الذَّهَبِ مِنَ الفِضَّةِ وقَبَضَ الآخَرُ الذَّهَبَ بِحِصَّةِ الفِضَّةِ جازَ، وإنْ لم يَقبِضْ حِصَّةَ الثَّوبِ.

لكنَّ الشَّرْطَ افتِراقُ العاقِدَينِ، سواءٌ كانا مَالِكَينِ أو نائبَينِ، كالأبِ والوَكيلِ والوَصيِّ؛ لأنَّ القَبْضَ مِنْ تَمامِ عَقْدِ الصَّرْفِ، فيُعتبَرُ بالعاقِدَينِ.

فإنْ وُجِدَ أحَدُ البَدَلَينِ زُيوفًا أو نَبَهْرَجَةً، فَحُكْمُ المَسألَةِ معَ فُروعِها ذكَرْناه في كتابِ البُيوعِ.

والثاني: ألَّا يَكونَ فيه خِيارُ الشَّرْطِ لهُما أو لأحَدِهِما.

والثالثُ: ألَّا يَكونَ لهُما أو لأحَدِهِما أجَلٌ في الصَّرْفِ، فإنْ أبطَلا الخِيارَ في المَجلِسِ، أو مات مَنْ له الخِيارُ قبلَ افتراقِ العاقِدَينِ، يَجوزُ الصَّرْفُ استِحسانًا عندَنا، خِلافًا لزُفَرَ.

وكذا إذا أبطَلا الأجَلَ في المَجلِسِ عندَ أبي حنيفةَ ومحمدٍ، وعنْ أبي يوسفَ رِوايتانِ.

وإنِ افتَرَقا ولأحَدِهِما خِيارُ رُؤيَةٍ بأنْ كانَ مَصوغًا[١]، أما في المَضروبِ لا يَثبُتُ خِيارُ الرُّؤيَةِ؛ لأنَّه لا فائدَةَ كالمُسْلَمِ فيه لا يَفسُدُ العَقْدُ؛ لأنَّه خِيارٌ حُكميٌّ.

وكذا خِيارُ العَيبِ، وكذا خِيارُ الإجازَةِ، بأنْ وُجِدَ الصَّرْفُ مِنَ الفُضوليَّينِ على غَيرِهِما، فإذا بَلَغَه كانَ له خِيارُ الإجازَةِ، وإنَّه لا يَفسُدُ؛ لأنَّه خِيارٌ يَثبُتُ حُكمًا، والمُفسَدُ خِيارُ الشَّرْطِ لا غَيرُ.

ولو تَصارَفا دينارًا بِدينارٍ وَسَلَّمَ أحَدُهُما الدينارَ وأبْرَأَ صاحِبَه عن الدِّينارِ الدَّينِ، أو وَهَبَ منه، فإنْ قَبِلَ الذي عليه الدَّينُ ما أبْرَأَه منه أو وُهِبَ له بَطَلَ الدَّينُ عنه، وانتَقَضَ الصَّرْفُ؛ لأنَّ البَراءَةَ تُوجِبُ سُقوطَ القَبْضِ الذي هو مُستَحَقٌّ حقًّا للشَّرعِ في الصَّرْفِ، فإذا اتَّفَقا على إسقاطِهِ بَطَلَ العَقْدُ بِفَواتِهِ، وإنْ لم يَقبَلِ الذي عليه الدَّينُ البَراءَةَ لا يَصِحُّ؛ لأنَّها سَبَبٌ للفَسخِ فلا يَثبُتُ بِقَولِ أحَدِ العاقِدَينِ بعدَ صِحَّةِ العَقْدِ.

ولو استَبدَلَ عن ذلكَ الدينارِ شَيئًا بِخِلافِ جِنْسِه فالبيعُ فاسِدٌ؛ لأنَّ فيه تَفويتَ القَبْضِ الذي هو حَقُّ الشَّرْعِ، وإذا لَمْ يَصِحَّ هذا بَقِيَ عَقْدُ الصَّرفِ، وقد وُجِدَ قَبْضُ

---

(١) خيار الرؤية في المصوغ صحيح ولا يفسد عقد الصرف، أما في الدراهم والدنانير المضروبة فليس له خيار الرؤية؛ لكون العقد لا ينفسخ بردِّها؛ لأنه إنما وقع على مثلها، انظر «حاشية ابن عابدين» (٥/ ٢٥٩).

أحَدِ البَدَلَينِ فَعَلَيه أنْ يَقبِضَ الآخَرُ، ويَتِمُّ العَقْدُ الأولُ بينَهُما.

وإنْ أخَذَ عَنِ الدِّينارِ الذي علَيه دينارٌ أردَأَ مِمَّا سَمَّى أو زُيوفًا فإنَّه يَجوزُ، ولا يكونُ استِبدالًا؛ لأنَّه مِنْ جِنْسِ حَقِّه إلا أنَّه ناقِصُ الوَصفِ، والجَيِّدُ والرَّدِيءُ هاهنا سواءٌ، فإنِ امتَنَعَ الواهِبُ والمُبرِئُ[1] أنْ يَأخُذَ ما وُهِبَ له فإنَّه يُجبَرُ على ذلكَ؛ لأنَّ في تَرْكِ قَبْضِ ذلكَ فَسَادَ عَقدِ الغَيرِ.

ولو باعَ دينارًا بِعَشَرَةِ دراهِمَ، وسَلَّمَ الدينارَ ولم يَقبِضِ العَشَرَةَ، وكانَ لِمُشتري الدِّينار على بائِعِه عَشَرَةُ دراهِمَ فأرادَ المُقاصَّةَ فهاهنا ثلاثُ مسائلَ:

أحدُها: أنَّ العَشَرَةَ التي على البائِعِ وَجَبَتْ عليه قبلَ الصَّرْفِ بِقَرضٍ أو غَصْبٍ، أو مِن ثَمَنِ بيعٍ، فأرادَ أنْ يَجعَلا ثَمَنَ الدينارِ وهو العَشَرَةُ قِصاصًا بذلكَ الدَّينِ، فإنْ أجمَعا على ذلكَ جازَ وكانَ قِصاصًا، وإنْ لم يُجمِعا على ذلكَ لم يَكُنْ قِصاصًا، وهذا جَوابُ الاستِحسانِ، والقِياسُ أن لا يَجوزَ، وهو قَولُ زُفَرَ.

والثانيةُ: تَصيرُ قِصاصًا وإنْ لمْ يَتَقاصَّا، وهو أنْ تكونَ العَشَرَةُ دَينًا على بائِعِ الدينارِ بِقَبْضٍ مَضمونٍ بعدَ عَقْدِ الصَّرْفِ، بأنْ غَصَبَ منه عَشَرَةً أو أقرَضَه عَشَرَةً وسَلَّمَها إليه، فيَصيرُ قِصاصًا بِثَمَنِ الصَّرْفِ وإنْ لمْ يَتَقاصَّا.

والثالثةُ: وهو أنْ تَجِبَ العَشَرَةُ على بائع الدينار بِعَقدٍ مُتأخِّرٍ عن عَقْدِ الصَّرْفِ، فلا يَصيرَ قِصاصًا بِثَمَنِ الصَّرْفِ، وإنْ تَراضَيا[2]، وأصْلُ هذه المَسائِلِ ذكَرْناه في البيوعِ.

❁ ❁ ❁

---

(١) في «ز»: (المشتري).

(٢) في «ز»: (تقاصا).

باب آخر منه

أَصْلُ البابِ أنَّ ما يَجوزُ فيه البيعُ مُتَفاضِلًا يَجوزُ فيه البيعُ مُجازفَةً، وما لا يَجوزُ فيه البيعُ مُتفاضِلًا لا يَجوزُ فيه البيعُ مُجازفَةً.

فإذا باعَ الذَّهَبَ بالذَّهَبِ والفِضَّةَ بالفِضَّةِ مُجازفَةً لا يَجوزُ؛ لأنَّه لا يَجوزُ فيه البيعُ مُتفاضِلًا، فكذلكَ المُجازفَةُ؛ لاحتمالِ الزِّيادَةِ في أحَدِهِما، ويستوي الجَوابُ بينَ ألَّا يَعرِفَ المُتَبايعانِ وَزنَ كُلِّ واحِدٍ منهُما، أو كانا يَعرِفانِ وَزنَ واحِدٍ دونَ الآخَرِ، أو كانَ أحَدُهُما يَعرِفُ والآخَرُ لا يَعرِفُ، فإنْ وَزَنا في المَجلِسِ فكانا سَواءً في الوَزنِ، فالبيعُ جائزٌ استِحسانًا، وإنْ تفرَّقا قبلَ الوَزنِ ثُم وَزَنا واستَوَيا في الوَزنِ فالبيعُ فاسِدٌ.

وقالَ زُفَرُ: إذا استَوَيا في الوَزنِ جازَ في الحالَينِ، والقياسُ ما قالَه؛ لأنَّ الفَسادَ لأجْلِ احتمالِ الفَضْلِ، وقد تَبيَّنَ أنَّه لا فَضْلَ، ولكنَّا نَقولُ: إنَّ عِلْمَ المُتعاقِدَينِ بالتَّساوي بينَ البَدَلَينِ شَرْطُ جَوازِ العَقْدِ، فيُعتبَرُ عندَ العَقْدِ، إلا أنَّ للمَجلِسِ حُكْمَ حالَةٍ واحدَةٍ، فكانَ كالعِلمِ عندَ العَقْدِ.

وأما إذا كانَ بِخِلاف الجِنْسِ بأنْ باعَ الذَّهَبَ بالفِضَّةِ مُجازفَةً جازَ؛ لأنَّه جازَ البيعُ فيهما مُتَفاضِلًا، ولهذا قالوا: إذا باعَ قَلْبَ فِضَّةٍ مَحشوًّا بدراهمَ لا يَعلَمُ قَدْرَ[1] القَلْبِ فالبيعُ باطِلٌ، وقال زُفَرُ: جائزٌ، إلا أنْ يُعلَمَ التَّفاضُلُ.

وعلى هذا القِسْمَةُ إذا وَقَعَتْ فيما يَجري فيه الرِّبا، لا يَجوزُ مُجازفَةً في الجِنْسِ الواحِدِ، ويَجوزُ في مُختَلِفَي الجِنْسِ.

---

(١) في «أ»: (وزن).

ولو باعَ السَّيفَ بالسَّيفِ وأواني الصُفْرِ بِجِنسِها مُجازفَةً جازَ؛ لأنَّه جازَ التَّفاضُلُ.

ولو باعَ فِضَّةً فيها غِشٌّ بِفِضَّةٍ مثلِها، والفِضَّةُ غالِبةٌ فَحُكمُها حُكْمُ الفِضَّةِ، لا يَجوزُ بيعُها بالفِضَّةِ الخالِصَةِ إلا سواءً بِسَواءٍ يَدًا بيَدٍ.

وإنْ كانَ الغِشُّ هو الغالِبُ فَحُكمُه حُكْمُ النُّحاسِ الخالِصِ لا يُباع بالنُّحاسِ إلا مِثلًا بمِثلٍ يَدًا بيَدٍ.

وإنْ كانَ الغِشُّ مَعَ الفِضَّةِ سَواءً فيَكونُ حُكمُه حُكْمَ الفِضَّةِ، في ألَّا يَجوزَ أنْ يُباعَ إلا وَزنًا، ولا يَجوزُ بيعُه مُجازفَةً وعَدَدًا، وإذا قوبِلَ بالفِضَّةِ الخالِصَةِ في البيعِ يُراعى فيه طَريقُ الاعتِبارِ، إنْ عَلِمَ أنَّ الفِضَّةَ الخالِصَةَ أكثرُ حتى تكونَ الفِضَّةُ بإزاءِ الفِضَّةِ وَزنًا، والزيادَةُ بإزاءِ الغِشِّ جازَ، وإنْ كانَتِ الفِضَّةُ الخالِصَةُ أَقَلَّ مِنَ الفِضَّةِ التي في المَغشوشِ أو مِثلَها أو لا يُدرَى، لا يَجوزُ؛ لِما فيه مِنَ الرِّبا.

ولو باعَ سَيفًا مُحَلًى بِذَهَبٍ أو فِضَّةٍ، إنْ باعَ بِجِنْسِ الحِليَةِ والثَّمَنُ أكثرُ مِنَ الحِليَةِ جازَ، وتَكونُ الحِليَةُ بَيعًا بِمِثلِ وَزنِها، والفَضْلُ بإزاءِ الجَفْنِ[1] والحَمائِلِ[2]؛ لأنَّ الأصلَ عندَنا في تَقسيمِ الثَّمَنِ على المبيعِ إذا كانَ أشياءَ بَعضُها مِنْ جِنْسِ الثَّمَنِ الأولِ والبعضُ لا على وَجهٍ فيه تَصحيحُ العَقْدِ ما أمكَنَ، والتَّصحيحُ في صَرْفِ بعضِ الثَّمَنِ إلى جِنْسِه بِمِثلِ وَزنِه، والبَعضُ إلى خِلافِ الجِنْسِ على طَريقِ الاعتِبارِ، وذلكَ ما قُلنا.

وأما إذا كانَ الثَّمَنُ مثلَ الحِليَةِ أو أقَلَّ فلا يَجوزُ؛ لأنَّه يَبقى الجَفْنُ والحَمائِلُ فَضْلًا في بيعِ الرِّبا.

---

(١) الجفنُ: غمد السيف، انظر «لسان العرب» (جفن).

(٢) الحِمالةُ والحَميلةُ: هي علاقة السيف، وقال الأصمعي: حمائل السيف مفردها مِحملٌ، انظر «لسان العرب» (حمل).

وكذلكَ إذا كانَ لا يُعلَمُ أو اختَلَفَ التُّجّارُ في ذلك، فإنْ عُلِمَ أنَّ الثَّمَنَ أكثَرُ في المَجلِسِ يَكونُ جائِزًا عندَنا، وإنْ عُلِمَ بعدَ الافتِراقِ فلا يَجوزُ عندَنا خِلافًا لزُفَرَ، كما في بيعِ المُجازفَةِ.

وهذا إذا قَبَضَ حِصَّةَ الحِليَةِ في المَجلِسِ.

فأما إذا تَفَرَّقا قبلَ أنْ يَتَقابَضا، أو قَبَضَ أحَدُهُما دونَ الآخَرِ، فإنَّه يُنظَرُ:

إنْ كانَتِ الحِليَةُ مِمَّا لا يَتَخَلَّصُ عن السَّيفِ إلا بِضَرَرٍ، فَسَدَ البيعُ كُلُّه، وإنْ كانَ يَتَخَلَّصُ بِغيرِ ضَرَرٍ جازَ في السَّيفِ وفَسَدَ[1] في الحِليَةِ؛ لأنَّ العَقْدَ بِقَدْرِها يَكونُ صَرْفًا، وفي حَقِّ السَّيفِ يَكونُ بَيعًا مُطلَقًا، والتَّقابُضُ شَرْطُ صِحَّةِ الصَّرْفِ لا غير، فإذا كانَتْ تَتَخَلَّصُ الحِليَةُ مِنْ غيرِ ضَرَرٍ فكَأنَّهُما شَيئآنِ مُنفَصِلانِ، ولهذا جازَ العَقْدُ في أحَدِهِما دونَ الآخَرِ، فكذلِكَ جازَ أنْ يَبقى.

فأما إذا كانَتْ لا تَتَخَلَّصُ إلا بضَرَرٍ فَسَدَ كُلُّه في حِصَّةِ الحِليةِ؛ لِعَدَمِ التَّقابُضِ، وفي حِصَّةِ السَّيفِ؛ لأنَّه بيعُ شَيءٍ لا يُمكِنُ تَسليمُه إلا بِضَرَرٍ يَلحَقُ البائعَ، وابتداءُ البيعِ على هذا الوَجهِ مُفسِدٌ للبيعِ، فكذلكَ في حالةِ البَقاءِ، كما إذا باعَ جِذعًا في سَقْفٍ حتى لو فَصَلَ الحِليَةَ مِنَ السَّيفِ وسَلَّمَ يَجوزُ، ويُخَيَّرُ المُشتري؛ لتَغَيُّرِ[2] صِفَةِ المبيعِ.

ولو باعَ السَّيفَ المُحَلَّى بِجِنْسِ ما في الحِليَةِ، أو بِخِلافِ جِنْسِه مِنَ الذَّهَبِ والفِضَّةِ، والثَّمَنُ أكبَرُ مِنَ الحِليَةِ، ولأحَدِهِما خِيارُ الشَّرْطِ في البيعِ، أو كانَ بِشَرْطِ تأجيلِ الثَّمَنِ في العَقْدِ ثُم تَفَرَّقا عن[3] قَبْضٍ، إنْ كانَتِ الحِليَةُ مِمَّا لا يَتَمَيَّزُ إلا بِضَرَرٍ فَسَدَ البيعُ في الحِليَةِ بالتأجيلِ والخِيارِ المُفسِدَينِ لِلصَّرْفِ، وفَسَدَ في السَّيفِ؛ لأنَّه لا

(١) في «أ»: (بطل).

(٢) في «ز»: (التعيين).

(٣) في «ز»: (من غير).

يَجوزُ إفرادُه بالعَقْدِ؛ لِما فيه مِنَ الضَّرَرِ بالبائِعِ بالتَّسليمِ مُنفَصِلًا.

وإنْ كانَتْ تتَمَيَّزُ مِنْ غيرِ ضَرَرٍ فَسَدَ العَقْدُ فيهِما عندَ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ؛ لأنَّ الصَّفْقَةَ اشتَمَلَتْ على الصَّحيحِ والفاسِدِ، والفَسادُ في نَفْسِ المَعقودِ علَيه، وفي مثلِ هذا يَشيعُ الفَسادُ في الكُلِّ عندَهما.

وعندَ محمدٍ يَجوزُ البيعُ في السَّيفِ ويَبطُلُ في الحِليَةِ؛ لأنَّ الصَّفْقَةَ مُشتَمِلَةٌ على الصَّحيحِ والفاسِدِ، وللفاسِدِ قيمَتُه، فيَصِحُّ في الصَّحيحِ ويَفسُدُ في الفاسِدِ.

وإذا اشتَرى مِنَ الرَّجُلِ قَلبَ فِضَّةٍ ـ وَزنُه عَشَرَةٌ ـ بِعَشَرَةٍ وافترَقا عن[1] قَبْضٍ، ثُم حَطَّ البائِعُ عنه درهمًا أو زادَه المُشتَري درهمًا وقَبِلَ الآخَرُ ذلكَ، فالبيعُ فاسِدٌ عندَ أبي حنيفةَ.

وقالَ أبو يوسفَ: الحَطُّ والزِّيادَةُ فاسِدانِ، والعَقْدُ الأولُ صَحيحٌ.

وقالَ محمدٌ: الحَطُّ جائزٌ، والزِّيادَةُ فاسِدَةٌ، والعَقْدُ الأولُ صَحيحٌ.

وهذا فَرْعُ اختِلافِهِم في الشَّرْطِ الفاسِدِ يَلحَقُ بالعَقْدِ ويُفسِدُه عندَ أبي حنيفةَ، فإذا وُجِدَتِ الزِّيادَةُ والحَطُّ والتَحَقا بالعَقْدِ يُجعَلُ كأنَّ العَقْدَ في الابتِداءِ على هذا الوَجهِ، فيَفسُدُ للتَّفاضُلِ في مالِ الرِّبا، وإنَّما شُرِطَ القَبولُ في الحَطِّ هاهنا عندَه؛ لأنَّه يَتَعَلَّقُ به فَسخُ العَقْدِ، فلا يَملِكُ أحَدُ العاقدَينِ الفَسخَ إلا بِرِضا الآخَرِ.

ومِنْ أصلِ أبي يوسفَ: أنَّ الشَّرْطَ الفاسِدَ لا يَلتَحِقُ بالعَقْدِ، فيَسقُطُ اعتبارُ الزِّيادَةِ والحَطِّ.

وأما محمدٌ فقَولُه مثلُ قَولِ أبي يوسفَ، إلا أنَّه يقولُ: إنَّ الزِّيادَةَ فاسِدَةٌ، فلا تَلتَحِقُ، والحَطُّ صَحيحٌ؛ لأنَّه يُمكِنُ أنْ يُجعَلَ هِبَةً مُبتَدَأةً، كَحَطِّ جَميعِ الثَّمَنِ.

---

(١) في «ز»: (من غير قبض).

فأما إذا كانَ بِخِلافِ الجِنْسِ، بأنْ باعَ قَلبَ فِضَّةٍ - وَزنُه عَشَرَةٌ - بِدينارٍ، والمَسألَةُ بِحالِها، صَحَّ الحَطُّ والزِّيادَةُ بالإجماعِ، ويَلتَحِقانِ بأصلِ العَقْدِ، فيُشتَرَطُ قَبْضُ هذه الزِّيادَةِ في المَجلِسِ، حتى لو تَفَرَّقا قبلَ القَبْضِ في مَجلِسِ الزِّيادَةِ يَفسُدُ العَقْدُ في حِصَّةِ الزِّيادَةِ؛ لأنَّ الزِّيادَةَ صارَتْ ثَمَنَ الصَّرْفِ، وفي الحَطِّ تَفَرَّقا أو لم يَتَفرَّقا فهو صَحيحٌ؛ لأنَّ الفَضْلَ في خِلافِ الجِنْسِ جائزٌ، ويَجِبُ علَيه رَدُّ ما حَطَّ.

ولو باعَ درهمًا ودينارًا بدرهَمَينِ وديناريْنِ جازَ عندَنا، ويُصرَفُ الجِنْسُ إلى خِلافِ الجِنْسِ، خِلافًا لزُفَرَ والشافعيِّ[1].

وعلى هذا الخلافُ إذا قُوبِلَ أبْدالٌ مِنْ جِنسَينِ مُختَلِفَينِ بأبْدالٍ مِنْ جِنسَينِ مُختَلِفَينِ في أموالِ الرِّبا في المَكيلِ والمَوزونِ، فإنَّه يُصرَفُ الجِنْسُ إلى خِلافِ الجِنْسِ، والمَسألَةُ مَعروفةٌ.

ولو كَسَرَ حِليَةَ سَيفٍ أو سِوارًا، فإنَّه يَضْمَنُ قيمةَ الصِّياغَةِ بِخِلافِ جِنْسِه؛ لأنَّ هذه جُودَةٌ مُتَقَوَّمَةٌ؛ لِحُصولِها بِصُنعِ العِبادِ، لكنْ لا يُمكِنُ تَضمينُه مِنْ جِنْسِه؛ لأنَّه يُؤدِّي إلى الرِّبا، فيَجِبُ التَّضمينُ بِخِلافِ الجِنْسِ.

القَرْضُ جائِزٌ فيما له مِثْلٌ مِنْ جِنْسِه؛ لأنَّه يَجِبُ عليه رَدُّ المِثلِ، والأجَلُ في القَرضِ باطِلٌ[2]، شُرِطَ في القَرضِ أو طَرَأَ علَيه؛ لأنَّ أخْذَ مِثلِ القَرضِ كَعَينِ القَرضِ، فيَكونُ تأجيلًا في العَينِ وهو باطِلٌ.

ولو استَقرَضَ فُلوسًا أو دراهمَ ثُم كَسَدَتْ:

- عندَ أبي حنيفةَ يَجِبُ علَيه رَدُّ مِثلِها.

---

(١) انظر: بحر المذهب للروياني (٤/ ٤٠٠)، والبيان في مذهب الإمام الشافعي (٥/ ١٩٨).

(٢) يعني أن تأجيل القرض لا يلزم، وللمقرض أن يسترده قبل حلول الأجل، إلا في أربع حالات، راجِعْها في «حاشية ابن عابدين» (٥/ ١٥٨).

ـ وعندَهُما رَدُّ قيمَتِها:

❁ لكنْ عندَ أبي يوسفَ تُعتبَرُ قيمَتُه يومَ القَرْضِ.

❁ وعندَ محمدٍ في آخِرِ وقتِ نَفاقِها قبلَ أنْ تكسُدَ.

وهذا كالاختِلافِ بينَهُما فيمَنْ غَصَبَ مِثليًّا وانقَطَعَ، قالَ أبو يوسفَ: علَيه قيمَتُه يومَ الغَصْبِ، وعندَ محمدٍ يومَ الانقطاعِ.

وإذا باعَ الفُلوسَ بِخِلافِ جِنْسِها فإنَّها لا تَتَعَيَّنُ إنْ كانَ ما يُقابِلُها مِنَ العُروضِ بمَنزِلَةِ الدراهِمِ، وإنْ كانَ ما يُقابِلُها مِنَ الدراهِمِ والدنانيرِ لا تَتَعَيَّنُ أيضًا، لكنْ إذا افتَرَقا مِنْ غيرِ قَبْضِ أحَدِهِما يَفسُدُ العَقْدُ؛ لأنَّه افتراقٌ عَنْ دَينٍ بِدَينٍ، وإنْ قَبَضَ أحَدُهُما جازَ، ولا يُشتَرطُ قَبضُهُما؛ لأنَّه ليسَ بِصَرْفٍ.

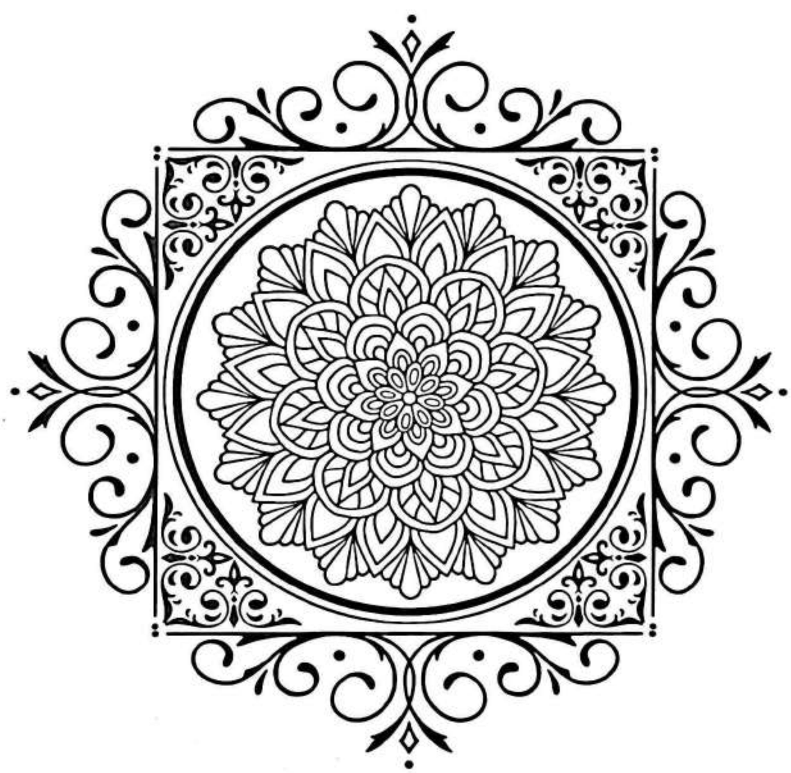
وأما إذا باعَ الفُلوسَ بَعضَها بِبَعضٍ، إنْ كانَ عَينًا بِعَينٍ فإنَّه يَجوزُ عندَ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ مُتساويَةً ومُتفاضِلَةً؛ لأنَّها لا تَتَعَيَّنُ؛ لِعَدَمِ الفائدَةِ، وفي التَّعيينِ فائدَةٌ، وهو جَوازُ العَقْدِ.

وعندَ محمدٍ لا تَجوزُ مُتَفاضِلَةً؛ لأنَّها ثَمَنٌ، فتكونُ كَبَيعِ الدرهمِ بالدرهَمَينِ.

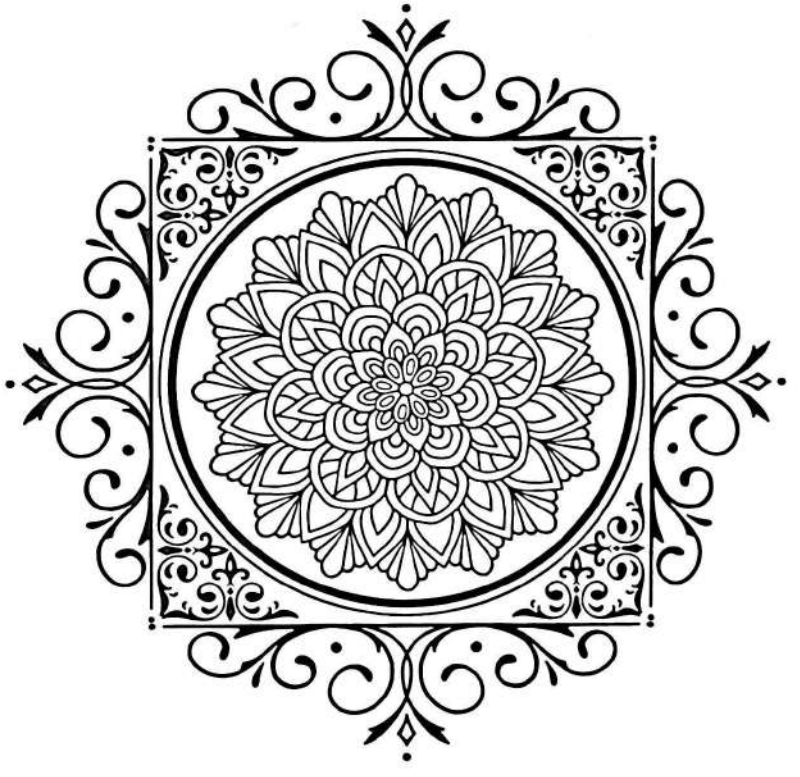
فأما إذا كانَ الكُلُّ دَينًا(١) أو أحَدُهُما، فالمَشهورُ مِنَ الرِّوايَةِ عنهم أنَّه لا يَجوزُ، وعَنْ أبي يوسفَ أنَّه يَجوزُ، والمَسأَلَةُ تُذكَرُ في الخِلافيَّاتِ، واللهُ أعلمُ.

❁❁❁

(١) في «س»: (دينارًا).



كتاب الرهن



كِتَابُ الرَّهْنِ

نحتاجُ إلى:

- بيانِ شَرعيَّةِ عَقْدِ الرَّهنِ.
- وإلى بيانِ رُكنِهِ.
- وإلى بيانِ شَرائِطِ جَوازِهِ.
- وإلى بيانِ ما يَصلُحُ مَرهونًا.
- وإلى بيانِ ما يَكونُ مَرهونًا به.
- وإلى بيانِ حُكْمِ الرَّهنِ، وما يتعَلَّقُ به مِنَ الأحكامِ.

أما الأولُ فنقولُ: الرَّهنُ عَقْدٌ شُرِعَ وَثيقَةً بِمالٍ، عُرِفَتْ مَشروعيَّتُه بالنَّصِّ، وهو قولُه تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ﴾ [البقرة: ٢٨٢] إلى قوله: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، ورُوِيَ عن النَّبيِّ ﷺ «أَنَّه اشْتَرَى مِنْ يَهُودِيٍّ طَعَامًا نَسِيئَةً، وَرَهَنَ بِهِ دِرْعَهُ»[1].

وأما بيانُ رُكنِهِ: فهو الإيجابُ والقَبولُ.

فالإيجابُ قَولُهُ: «رَهَنْتُكَ هذا بِما لَكَ عَليَّ مِنَ الدَّينِ»، أو قَولُهُ: «خُذْ هذا الشَّيءَ رَهنًا بِدَينِكَ»، ونحوُ ذلكَ.

---

(١) أخرجه البخاري (٢٠٦٨)، ومسلم (١٦٠٣) من حديث عائشة رضي الله عنها، قالت: «اشْتَرى رَسولُ اللهِ ﷺ مِنْ يَهُوديٍّ طَعَامًا بنَسيئةٍ، فأعْطاهُ دِرْعًا لَه رَهْنًا».

وأما شَرائِطُ جَوازِهِ:

فَمِنها: القَبْضُ، وهو عندَنا، وقالَ مالكٌ: يَصِحُّ بالإيجابِ والقَبولِ[1]، وهو خِلافُ النَّصِّ، قالَ الله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

ومنها: دَوامُ القَبْضِ، بأنْ يَكونَ مَحوزًا في يَدِهِ؛ لأنَّ مَقصودَ الرَّهْنِ هو الاستيثاقُ، والاستيثاقُ لا يَحصُلُ إلا بهذا.

ومنها: أنْ يَكونَ مُنفصِلًا عن غيرِهِ، غيرَ مُتعَلِّقٍ بما لم يَقَعْ عليه عَقْدُ الرَّهْنِ، وعلى هذا قُلنا: إنَّ رَهْنَ المُشاعِ لا يَصِحُّ، وقالَ الشافعيُّ: يَصِحُّ[2]؛ لأنَّه لا يَقدِرُ على تَسليمِهِ إلا بالتَّهايُؤِ[3]، وذلكَ يُوجِبُ فَواتَ القَبْضِ على الدَّوامِ، ويَستوي الجَوابُ في المَشاعِ الذي يَنقَسِمُ وفي الذي لا يَنقَسِمُ، ومِنَ الشَّريكِ وغيرِهِ.

وأما الشُّيوعُ الطَّارئُ فَيُبطِلُ الرَّهْنَ في رِوايةِ «الأصلِ»، ورَوى ابنُ سِمَاعَةَ عن أبي يوسفَ أنَّه لا يُبطِلُ.

فأما إذا رَهَنَ بَيتًا بعَينِهِ مِنْ دارٍ بعَينِها جازَ؛ لأنَّه ليسَ بِشائِعٍ، ولهذا قُلنا: إنَّه لا يَجوزُ رَهْنُ ثَمَرَةٍ في شَجَرٍ ولا كَرْمٍ بِدونِ الشَّجَرِ ولا الكَرْمِ حتى يُحرِزَهُ، ويُسَلِّمَهُ إلى المُرتَهِنِ، وكذا رَهْنُ شَجَرٍ في أرضٍ بِدونِ الأرضِ، وكذا إذا رَهَنَ زَرعًا دونَ الأرضِ أو الأرضَ دونَ الزَّرعِ؛ لأنَّ الرَّهنَ مُتَّصِلٌ بما ليسَ بِرَهْنٍ، فلا يَصِحُّ التَّسليمُ.

---

(١) انظر: انظر: المقدمات الممهدات (٢/ ٣٦٣-٣٦٤)، وعقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٢/ ٧٧٠)، و الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي (٣/ ٢٣١).

(٢) انظر: الأم للشافعي (٣/ ١٩٤)، و الحاوي الكبير (٦/ ١٤)، و التهذيب في فقه الإمام الشافعي (٤/ ١٥).

(٣) المُهايأة: هي قسمة المنافع على التَّعاقب والتناوب،انظر «التعريفات» (ص٣٠٣).

وإنْ رَهَنَ الكَرْمَ والنَّخلَ والشَّجَرَ بِمَواضِعِها مِنَ الأرضِ جازَ؛ لأنَّه يُمكِنُ قَبْضُها بما فيها بالتَّخليةِ.

ولو قالَ: «رَهَنْتُكَ هذه الدارَ» أو «هذه الأرضَ» أو «هذه القَريَةَ»، يَدخُلُ في الرَّهْنِ كُلُّ ما كانَ مُتَّصِلًا بالمَرهونِ، مِنَ البِناءِ في الدارِ، والشَّجَرِ معَ الثَّمَرِ، والزَّرعِ والرَّطْبَة في الأرضِ؛ لأنَّ الرَّهْنَ لا يَجوزُ بِدونِ ما يَتَّصِلُ به، فكانَ إطلاقُ العَقْدِ يَنصَرِفُ إلى ما فيه تَصحيحُهُ.

ولو رَهَنَ دارًا وفيها متاعٌ قَليلٌ أو كَثيرٌ أو حُبوبٌ أو شَيءٌ مِمَّا يُنتَفَعُ به دونَ هذه الأشياءِ، لم يَصِحَّ الرَّهْنُ حتى يُسَلِّمَ الدارَ فارِغَةً عنها.

ولو رَهَنَ الدارَ بِما فيها، صَحَّ إذا سَلَّمَ الدارَ إليه وخَلَّا بينَهُ وبينَ الدارِ بِما فيها، ويَصيرُ الكُلُّ رَهْنًا.

ولو رَهَنَ دارًا والرَّاهِنُ والمُرتَهِنُ في جَوفِها فقالَ: «رَهَنْتُها منكَ وسَلَّمْتُها إليكَ»، وقالَ المُرتَهِنُ: «قَبِلْتُ»، لم يَتِمَّ الرَّهْنُ حتى يَخرُجَ الرَّاهِنُ مِنَ الدارِ، ثُم يقولُ الرَّاهِنُ: «قد سَلَّمْتُها إليكَ»؛ لأنَّه لا يَصِحُّ التَّسليمُ إلى المُرتَهِنِ وهو في الدارِ، فإذا خَرَجَ فلا بُدَّ مِنْ تَسليمٍ جَديدٍ.

ثُم قَبْضُ الأبِ والوَصيِّ وَوكيلِ المُرتَهِنِ كَقَبْضِهِ.

وكذا قَبْضُ العَدْلِ كَقَبْضِهِ؛ لأنَّه يُمسِكُ الرَّهْنَ للمُرتَهِنِ، ولهذا يَملِكُ[1] نقض[2] يَدِهِ والرَّدَّ إلى يَدِ الرَّاهِنِ، وليسَ له أنْ يَقبِضَهُ مِنَ العَدْلِ إلا بإذنِ الرَّاهِنِ؛ لأنَّه لم يَرضَ بإمساكِ المُرتَهِنِ حيثُ جَعَلاهُ في يَدِ العَدْلِ، وشَرَطا في عَقْدِ الرَّهْنِ أو بعدَ الرَّهْنِ، فأما

---

(١) في «أ»: (ولكن لا يملك).

(٢) في «ز»: (بقبض).

إذا شَرَطا أنْ يَكونَ في يَدِ العَدْلِ وأنْ يَبيعَهُ بِدَينِهِ ويَقضيَ دَينَهُ فَيَصِحُّ، ولكنْ لا يَملِكُ الرَّاهِنُ نَقْضَ هذه الوَكالةِ إلا بِرِضا المُرتَهِنِ؛ لأنَّ البيعَ صارَ حقًّا مِنْ حُقوقِ الرَّهنِ زِيادةَ وثيقةٍ في حَقِّ المُرتَهِنِ بِطَلَبِهِ.

ولو لم يَكُنْ مَشروطًا في الرَّهنِ، ثُم أمَرَ العَدْلُ بعدَ ذلكَ بِبَيعه فهذا تَوكيلٌ بالبيعِ، يَملِكُ الرَّاهِنُ عَزلَهُ والنَّهيَ عنِ البيعِ.

وإذا ماتَ الرَّاهِنُ يَنعَزِلُ هذا الوَكيل.

وفي الفَصْلِ الأولِ لا يَملِكُ الرَّاهِنُ عَزلَهُ، ولو ماتَ لا يَنعَزِلُ الوَكيلُ عنِ البيعِ.

وأما بيانُ ما يَصلُحُ مَرهونًا:

فهو كُلُّ مالٍ مُتقَوَّمٍ يَجوزُ أنْ يَكونَ مَبيعًا؛ لأنَّ حُكمَهُ مِلكُ الحَبْسِ بالدَّينِ، ليقضيَ منه الدَّينَ إذا عَجَزَ عَنِ القَضاءِ إلا بِهِ، فلا بُدَّ مِنْ أنْ يَكونَ مالًا مُتَقَوَّمًا.

ولهذا لا يَجوزُ أنْ يَكونَ المُدَبَّرُ وأمُّ الولدِ والمُكاتَبُ والحُرُّ رَهنًا؛ لأنَّه لا يَمكنُ استيفاءُ الدَّينِ مِنْ هؤلاءِ.

وكذلكَ لا يَجوزُ أنْ يَكونَ الخَمْرُ والخِنزيرُ رَهنًا، سَواءٌ كانَ العاقِدانِ مُسلِمَينِ أو أحَدُهُما مُسلِمًا والآخَرُ ذِمِّيًّا؛ لأنَّ الرَّهْنَ للإيفاءِ والاستيفاءِ، وإيفاءُ الدَّينِ مِنَ الخَمْرِ والخِنزيرِ لا يَجوزُ مِنَ المُسلِمِ، وكذا الاستيفاء مِنَ المُرتَهِنِ المُسلِمِ.

وأما في حَقِّ أهل الذِّمَّةِ يَجوزُ الرَّهنُ والارتهانُ بالخَمْرِ والخِنزيرِ؛ لأنَّهما مالٌ عندَهُم، ولا يجوزُ بالمَيتةِ والدَّمِ؛ لأنَّهما ليسا بِمالٍ أصلًا.

وكذا المُشاعِ والثَّمَرَةُ المُعَلَّقَةُ في الشَّجَرَةِ والزَّرعُ النابتُ في الأرضِ لا يَصلُحُ رَهنًا؛ لأنَّه لا يَتَحَقَّقُ فيه التَّسليمُ.

وأما بيانُ ما يَجوزُ أنْ يكونَ مَرهونًا به فنقولُ:

الدَّينُ يَصلُحُ أنْ يكونَ مَرهونًا به على كُلِّ حالٍ، سَواءٌ كانَ ثَمَنَ بيعٍ أو ضَمانَ إتلافٍ ونحوَ ذلكَ؛ لأنَّ الرَّهْنَ للاستيفاءِ، واستيفاءُ الدَّينِ مِنْ ثَمَنِ الرَّهْنِ مُتَحَقِّقٌ.

وأما الأعيانُ المَضمونَةُ فَعَلى وَجهينِ:

ـ ما كانَ مَضمونًا منها بنَفسِهِ كالغُصوبِ يَجوزُ الرَّهْنُ بِهِ، والمَضمونُ بنَفسِهِ ما يَجِبُ عندَ هَلاكِهِ مِثلُهُ إنْ كانَ مِثليًّا، وقيمتُهُ إنْ لم يكُنْ له مِثلٌ، يَجوزُ الرَّهنُ به.

ـ وأما الأعيانُ المَضمونَةُ بِغيرِها فلا يَجوزُ الرَّهنُ بها، كالمبيعِ في يَدِ البائِعِ مَضمونٌ بالثَّمَنِ لا بنَفسِهِ، على معنى أنَّ المبيعَ إذا هَلَكَ يَسقُطُ الثَّمَنُ، أما لا يَجِبُ بِهَلاكِهِ شَيءٌ على الضَّامِنِ، فيَصيرُ به مُستَوفيًا.

وأما الأعيانُ التي ليسَتْ بِمَضمونَةٍ، كالودائِعِ والعَواري والمُستأجَرِ ومالِ المُضاربةِ والشَّركةِ فلا يَجوزُ الرَّهْنُ بها؛ لأنَّ ما ليسَ بِمَضمونٍ لا يَصيرُ مُستَوفيًا بهلاكِهِ.

ويجوزُ الرَّهْنُ ببَدَلِ الصُّلحِ عن دَمِ العَمْدِ، وببَدَلِ الخُلعِ والمَهرِ فإنَّها مَضمونةٌ بأنفُسِها، فإنَّها إذا هَلَكَتْ يَجِبُ مِثلُها إنْ كانَ لها مِثلٌ، وقيمَتُها إن لم يكُنْ لها مِثلٌ.

ثُم إذا هَلَكَ الرَّهْنُ والعَينُ المَضمونُ قائِمٌ في يَدِ الرَّاهِنِ يقالُ له: سَلِّمِ العَيْنَ التي في يَدِكَ، وَخُذْ مِنَ المُرتَهِنِ الأقَلَّ مِنَ الدَّينِ ومِنْ قِيمةِ الرَّهْنِ؛ لأنَّ المَرهونَ مَضمونٌ عندَنا كذلكَ.

وإنْ[1] هَلَكَ العَينُ المَضمونُ قبلَ هَلاكِ الرَّهْنِ، فيَصيرُ الرَّهْنُ رَهْنًا بقيمةِ العَينِ المَضمونِ، فإذا هَلَكَ الرَّهْنُ بعدَ ذلكَ هَلَكَ بالأقَلِّ مِنْ قيمتِهِ، ومِنْ قيمةِ الرَّهْنِ الذي كانَ رَهنًا به.

(١) في «أ»: (لو).

ولا يَجوزُ الرَّهْنُ بِقِصاصٍ في نَفسٍ أو فيما دُونَها؛ لأنَّه لا يمكِنُ استيفاءُ القِصاصِ مِنَ الرَّهْنِ، وإنْ كانَتِ الجِنايَةُ خَطأً جازَ الرَّهْنُ بأرْشِها؛ لأنَّه يمكِنُ الاستيفاءُ مِنَ الرَّهْنِ.

وأما حُكْمُ الرَّهْنِ:

فعندَنا مِلكُ العَينِ في حَقِّ الحَبْسِ حتى يكونَ أحَقَّ بإمساكِهِ إلى وَقتِ إيفاءِ الدَّينِ.

وإذا ماتَ الرَّاهِنُ فهو أحَقُّ به مِنْ سائرِ الغُرَماءِ، فيَستوفي منه دَينَهُ، فما فَضَلَ يكونُ لسائرِ الغُرَماءِ والوَرَثَةِ، ولهذا لا يَجوزُ للرَّاهِنِ أنْ يَتَصَرَّفَ فيه تَصَرُّفًا يُبطِلُ حَقَّ المُرتَهِنِ مِنَ البيعِ والهِبَةِ والإجارةِ وغيرِها.

ولهذا لا يَجوزُ له أنْ يَنتَفِعَ بالمَرهونِ نوعَ انتفاعٍ مِنَ الاستخدامِ والرُّكوبِ ونحوِ ذلكَ، وكذلكَ زَوائِدُ الرَّهْنِ تكونُ رَهْنًا عندَنا، وهو أحَقُّ بإمساكِهِ ويكونُ أحَقَّ بِهِ بعدَ وَفاتِهِ كما في حَقِّ الأصلِ، إلا أنَّ الزَّوائِدَ غيرُ مَضمونَةٍ علَيه، حتى لا يَسقُطُ الدَّينُ بِهَلاكِها.

وليسَ للمُرتَهِنِ أنْ يبيعَ الرَّهْنَ بِدَينِهِ إلا إذا سَلَّطَهُ الرَّاهِنُ على بَيعِهِ أو سَلَّطَ العَدْلَ على ذلكَ، فإنْ أعادَ المُرتَهِنُ الرَّهْنَ مِنَ الرَّاهِنِ أو الرَّاهِنُ مِنَ المُرتَهِنِ، فإنَّه يَجوزُ ويَخرُجُ الرَّهْنُ مِنْ ضَمانِ المُرتَهِنِ وعَقْدُ الرَّهْنِ على حالِهِ، ولكُلِّ واحِدٍ منهُما أنْ يُبطِلَ العاريَّةَ ويَرُدَّ إلى الرَّهْنِ؛ لأنَّ العاريَّةَ غيرُ لازمةٍ.

وعلى هذا إذا غَصَبَهُ غاصِبٌ يَخرُجُ عَنْ ضَمانِ المُرتَهِنِ، ولكنَّ الرَّهْنَ قائِمٌ، حتى إنَّ للمُرتَهِنِ أنْ يأخُذَ مِنَ الغاصِبِ ويَرُدَّ إلى الرَّاهِنِ.

أما إذا آجَرَهُ الرَّاهِنُ مِنَ المُرتَهِنِ يَخرُجُ مِنَ الرَّهْنِ ولا يَعودُ أبَدًا؛ لأنَّ الإجارَةَ عَقْدٌ لازمٌ، فالإقدامُ علَيه يكونُ فَسخًا للرَّهْنِ.

وكذا لو آجَرَ الرَّاهنُ مِنْ غيرِ المُرتَهِنِ فأجازَه المُرتَهِنُ أو المُرتَهِنُ مِنْ غيرِهِ فأجازَه الرَّاهنُ جازَتِ الإجارةُ، ويَخرُجُ مِنَ الرَّهْنِ لِما قُلنا.

ولو باعَ الرَّاهِنُ أو المُرتَهِنُ وأجازَ صاحبُه فإنَّه يَجوزُ البيعُ، ويَصيرُ الثَّمَنُ رَهْنًا مكانَهُ، قَبَضَ مِنَ المُشتري أو لم يَقبِضْ؛ لأنَّ الثَّمَنَ قائمٌ مَقامَ الرَهْنِ والثَّمَنِ، وإنْ كانَ الثمن في ذِمَّةِ المُشتري.

ولا يَجوزُ رَهْنُ الدَّينِ ابتِداءً، ولكنْ يَجوزُ البَقاءُ كالعَبدِ الرَّهْنِ إذا قُتِلَ تكونُ قيمَتُه رَهْنًا، حتى لو نَوى الثَّمَنَ في ذِمَّتِه أو هَلَكَ المَقبوضُ فإنَّه يَهلِكُ مِنْ مالِ المُرتَهِنِ ويَسقُطُ الدَّينُ بِقَدرِه، كما لو كانَ في يَدِه.

وللمُرتَهِنِ أنْ يُطالِبَ الرَّاهِنَ بإيفاءِ الدَّينِ مع عَقْدِ الرَّهْنِ إذا لم يكُنْ مُؤَجَّلًا؛ لأنَّ الرَّهْنَ شُرِعَ لتَوثيقِ الدَّينِ، فلا يَسقُطُ حَقُّ المُطالبةِ بالأداءِ.

ويَجوزُ للرَّاهِنِ أنْ يُوَكِّلَ المُرتَهِنَ ببَيعِهِ واستيفاءِ الدَّينِ منه، ولو قالَ الرَّاهِنُ: «إنْ جِئتُكَ بِحَقِّكَ إلى وقتِ كذا، وإلا فهو بِدَينِكَ»، أو «بِعْ بِحَقِّكَ» لم يَجُزْ، وهو رَهْنٌ على حالِهِ؛ لأنَّ التَّمليكَ لا يَتَعَلَّقُ بالشَّرْطِ.

ولا يَجوزُ للحاكِمِ أنْ يبيعَ الرَّهْنَ بدَينِهِ بعدَ حُلولِ الأجَلِ إذا كانَ مُفلِسًا عندَ أبي حنيفةَ، ولكنْ يَحبِسُ الرَّاهِنَ حتى يَبيعَهُ، وعندَ أبي يوسفَ ومُحمدٍ يَبيعُهُ[1]، وهذا فَرْعُ مَسألةِ الحَجْرِ على الحُرِّ.

وأما نَفَقَةُ الرَّهْنِ فَعَلى وَجهَينِ:

فكُلُّ نَفَقَةٍ ومُؤنَةٍ كانَتْ لِمَصلَحَةِ الرَّهْنِ وتَبقِيَتِهِ فَعَلى الرَّاهِنِ، وكُلُّ ما كانَ لِحِفظِهِ أو لِرَدِّهِ إلى يَدِ المُرتَهِنِ أو لِرَدِّ جُزْءٍ منه فاتَ بِسَبَبِ حادِثٍ فَعَلى المُرتَهِنِ.

بيانُه: إنَّ الرَّهْنَ إذا كانَ حَيَوانًا فنَفَقَتُهُ وكِسوَتُهُ على الرَّاهِنِ، وإنْ كانَ الرَّهْنُ أَمَةً فَوَلَدَتْ فأجْرُ الظِّئْرِ على الرَّاهِنِ، وإنْ كانَ الرَّهْنُ بُستانًا فيه أشْجارٌ وَكَرْمٌ فَسَقْيُهُ

---

(١) في «أ»: (يجوز).

وتَلقيحُ نَخْلِهِ وجُذاذُهُ والقيامُ لمَصلَحَتِهِ على الرَّاهِنِ وكذا الخَراجُ علَيه، فأما العُشْرُ فَفي الغَلَّةِ والزَّرعِ يأخُذُهُ الإمامُ والباقي يكونُ رَهْنًا عندَه.

وكَذا أجْرُ الرَّاعي علَيه؛ لأنَّه يُحتاجُ إليه لعَلَفِ الحَيَوانِ فهو كالطَّعامِ والشَّرابِ، ويَستوي الجَوابُ فيه بينَ أنْ يكونَ الرَّهْنُ مَضمونًا أو يكونَ أمانةً كَزوائِدِ الرَّهْنِ، وما فَضَلَ مِنَ الرَّهْنِ مِنْ قيمةِ الدَّينِ؛ لأنَّ كُلَّه مِلكُهُ، فعَلَيه كِفايتُهُ ومُؤنتُهُ.

وأما ما يُحتاجُ إليه للحِفظِ كأُجْرَةِ المَسكَنِ وأُجْرَةِ الحافِظِ ومأوى البَقَرِ والغَنَمِ فَعَلى المُرتَهِنِ، وكذا ما يَحتاجُ لِرَدِّ العَينِ إلى يَدِ المُرتَهِنِ كجُعلِ الآبِقِ فَعَلَيه، إنْ كانَتْ قيمةُ الرَّهْنِ والدَّينِ سَواءً، وإنْ كانَ بعضُهُ أمانةً فَعَلَيهما على قَدْرِ الأمانةِ والضَّمانِ.

وأما ما يَجِبُ لِرَدِّ جُزءٍ مِنَ العَينِ إلى يَدِ المُرتَهِنِ الذي فاتَ بِسَبَبٍ عارِضٍ، كَمُداواةِ الجُروحِ والقُروحِ والأمراضِ، فهو مُنقَسِمٌ، فما كانَ مِنْ حِصَّةِ المَضمونِ فَعَلى المُرتَهِنِ، وما كانَ مِنْ حِصَّةِ الأمانةِ فَعَلى الرَّاهِنِ.

ثُم ما وَجَبَ على الرَّاهِنِ فَفَعَلَه المُرتَهِنُ بِغيرِ أمرِ الحاكِمِ فهو مُتبَرِّعٌ فيه، وإنْ كانَ بأمرِهِ يُرجَعُ به على الرَّاهِنِ، وكذا ما وَجَبَ على المُرتَهِنِ فأدّاهُ الرَّاهِنُ بغَيرِ أمرِهِ فهو مُتبَرِّعٌ.

ثُم للرَّاهِنِ أنْ يَمتَنِعَ مِنْ إيفاءِ الدَّينِ عندَ مَحِلِّ الأجَلِ حتى يُحضِرَ المُرتَهِنُ الرَّهْنَ؛ لأنَّه رُبما يكونُ هالِكًا أو غائِبًا، فإذا أحضَرَ المُرتَهِنُ الرَّهْنَ يُقالُ للرَّاهِنِ: سَلِّمْ إليه الدَّينَ أولًا، ثُم اقبِضِ الرَّهْنَ، حتى يَتَعَيَّنَ حَقُّهُ فيكونَ عَينًا بعَينٍ كما في البيعِ.

ولو جَنى المُرتَهِنُ على الرَّهْنِ أو غيرُه، تَجِبُ علَيه قيمَتُه أو مِثلُه إنْ كانَ الرَّهْنُ مِثليًّا، ثُم إنْ لم يكُنِ الدَّينُ حَالًّا يكونُ رَهْنًا مَكانَه، وإنْ كانَ الدَّينُ حالًّا أو حَلَّ، فإنْ كانَ مِثلَ دَينِه في الجِنْسِ والصِّفَةِ يَصيرُ مُستَوفيًا لدَينِه، وإنْ كانَ هُو المُتلِفَ يَصيرُ قِصاصًا بِقَدْرِ الدَّينِ، ويَترادّانِ الفَضْلَ.

وإنْ كانَ الرَّهْنُ عَبدًا فَجَنى على إنسانٍ خطأً، فإنَّ ضَمانَ الجِنايةِ عَلى المُرتَهِنِ، ويُقالُ للمُرتَهِنِ أولًا: اِفدِ العَبْدَ عن أرْشِ الجِنايَةِ، وإنَّما يُخاطَبُ هو بذلكَ أولًا؛ لِما أنَّ فيه إيفاءَ حَقِّهِ وهو الرَّهْنُ؛ لأنَّه إذا فَدى طَهُرَ العبدُ عنِ الجِنايةِ، فَجُعِلَ كأنَّ الجِنايةَ لم تكُنْ، فَيَبقى الدَّينُ في الرَّهْنِ على حاله، ولا يَرجِعُ على الرَّاهِنِ بِشَيءٍ مِنَ الفِداءِ؛ لأنَّه أصلَحَ الرَّهْنَ باختيارِهِ، وليسَ للمُرتَهِنِ أنْ يَدْفَعَ العَبدَ بِحالٍ؛ لأنَّ الدَّفعَ تَمليكُ الرَّقَبَةِ، وهو لا يَملِكُ تَمليكَ مالِ الغَيرِ بغَيرِ إذنِهِ، وإنْ لم يَفْدِ وأبى ذلك يقال للرَّاهِنِ: اِدفَعْ أو افْدِهِ، فأيُّهُما اختارَ بَطَلَ الدَّينُ والرَّهْنُ؛ لأنَّ عَينَ العبدِ أو بَدَلَه ـ وهو الفِداءُ ـ صارَ مُستَحَقًّا بِسَببٍ كانَ عندَ المُرتَهِنِ، فجُعِلَ كأنَّه هَلَكَ الرَّهنُ.

ولو استَهلَكَ العَبدُ المَرهونُ مالَ إنسانٍ وذلكَ يَستَغرِقُ الرَّقَبَةَ، فإنْ أدَّى المُرتَهِنُ الدَّينَ الذي لَزِمَ العَبدَ، بقيَ الدَّينُ والرَّهْنُ على حالِهِ، وفَرَغَ العَبدُ عن الدَّينِ، وإنْ أبى أنْ يُؤَدِّيَ الدَّينَ، قيلَ للرَّاهِنِ: بِعْهُ في دَينِه، أوِ اقْضِ دَينَهُ، فإنْ قَضى دَينَهُ بَطَلَ دَينُ المُرتَهِنِ على الرَّاهِنِ، ويَخرُجُ العَبدُ عنِ الرَّهْنِ؛ لأنَّـه استُحِقَّ بِسَبَبٍ كـانَ عندَ المُرتَهِنِ فيكـونُ عليَه، وإنْ لم يَقْضِ دَينَ العَبدِ يُباعُ العَبدُ في الدَّينِ الذي لَحِقَهُ، فيأخُذُ صاحِبُ دَينِ العَبدِ دَينَهُ، وبَطَلَ بِمِقدارِ ذلكَ مِنْ دَينِ المُرتَهِنِ إنْ كـانَ دَينُ المُرتَهِنِ أقَلَّ، فكانَ ما بَقيَ مِنْ ثَمَنِ العَبدِ للرَّاهِنِ.

وإنْ كانَ دَينُ المُرتَهِنِ أكثَرَ مِنْ دَينِ الغَريمِ، استَوفى المُرتَهِنُ ما بَقيَ مِنْ دَينِهِ، وما فَضَلَ مِنْ ثَمَنِ العَبدِ للمُرتَهِنِ، إنْ كانَ الدَّينُ حَلَّ وإلا أمسَكَ ما فَضَلَ رَهْنًا في يَدِهِ إلى أنْ يَحِلَّ الدَّينُ، فيأخُذَه قِصاصًا بِدَينِهِ.

ولو رَهَنَ عَبدَينِ أو ثَوبَينِ بألفِ درهمٍ كُلَّ واحِدٍ منهُما بِخَمسِمِئَةٍ، فأدَّى خَمسَمِئَةٍ لم يكُنْ له أخْذُ واحِدٍ مِنهُما حتى يُؤَدِّيَ كُلَّ الدَّينِ، وكذلك في العَبدِ الواحِدِ؛ لأنَّ كُلَّ جُزءٍ مِنَ الرَّهْنِ مَحبوسٌ بِكُلِّ الدَّينِ، فما لم يَقبِضِ الكُلَّ يكونُ له حَقُّ حَبْسِ الكُلِّ.

وإذا كانَ الرَّهْنُ شَيئَينِ أو أكثَرَ فإنَّه يَنقَسِمُ الدَّينُ علَيهِما على قَدْرِ قيمَتِهِما يومَ القَبْضِ؛ لأنَّه صارَ مَضمونًا بالقَبْضِ.

ولو زادَ في الرَّهْنِ شَيئًا، بأنْ وَلَدَتِ الأمَةُ المَرهونَةُ وَلَدًا أو نحوَ ذلكَ، فإنَّه يَنقَسِمُ الثَّمَنُ[1] على الأصْلِ يومَ القَبْضِ، وعلى الزِّيادَةِ يومَ الفَكاكِ؛ لأنَّ الزَّوائِدَ لا تكونُ مَضمونَةً، وإنْ كانَتْ مَحبوسَةً إلى يومِ الفَكاكِ.

ثُم الزِّيادةُ في الرَّهْنِ جائزَةٌ عندَنا خِلافًا لزُفَرَ، كالزِّيادةِ في المَبيعِ، ويُقسَمُ الدَّينُ علَيهِما جَميعًا، وتُعتبَرُ قيمةُ الأصْلِ يومَ قَبْضِهِ، وتُعتبَرُ قيمةُ الزِّيادةِ يومَ الزِّيادةِ.

فأما الزِّيادةُ في الدَّينِ فلا تَجوزُ عندَ أبي حنيفةَ ومحمدٍ، وعندَ أبي يوسفَ تَجوزُ، وهذه مِنْ مَسائِلِ الخِلافِ.

ولو استعارَ مِنْ رَجُلٍ شَيئًا ليرهَنه بِدَينِهِ، فأعارَه منه مُطلَقًا ليرهَنه، فَلَهُ أنْ يَرهنه بأيِّ صِنفٍ كانَ مِنَ الدَّينِ، أو بأيِّ قَدْرٍ كانَ، قَليلًا أو كَثيرًا؛ لأنَّ هذا بِمَنزِلةِ الإذْنِ له بِقَضاءِ الدَّينِ مِنْ مالٍ عندَه وَديعةٌ، وقد أذِنَ مُطلَقًا فيَجِبُ العَمَلُ بإطلاقِهِ.

وإنْ سَمَّى له قَدْرًا أو إنسانًا بِعَينِهِ أو في بَلَدٍ بِعَينِهِ، فليسَ له أنْ يَفعَلَ بِخِلافِهِ، ولو فَعَلَ فلِصاحِبِه أنْ يأخُذَ الرَّهْنَ؛ لأنَّه لم يأتِ بِما أُمِر به فَلَمْ يَصِحَّ الرَّهْنُ.

فإنْ عَجَزَ الرَّاهِنُ عن قَضاءِ الدَّينِ، فَقَضاهُ المُعيرُ، فَلَهُ أنْ يَرجِعَ ولا يكونُ مُتبَرِّعًا؛ لأنَّه مُضطَرٌّ في ذلكَ؛ لِوصولِهِ إلى مالِهِ، بِمَنزِلةِ الوارِثِ إذا قَضى دَينَ المَيتِ لِيُسَلِّمَ له التَّرِكَةَ، يَرجِعُ في التَّرِكَةِ لِما قُلنا.

ولو رَهَنَ عَبدًا مِنْ إنسانٍ ثُم جاءَ بِرَهْنٍ آخَرَ حتى يكونَ مكانَ الأولِ، وقَبِلَ المُرتَهِنُ الرَّهْنَ الثانيَ جازَ، ويَصيرُ الثاني هو الرَّهْنَ إذا قَبَضَه الرَّاهِنُ الأولُ؛ لأنَّه ما

---

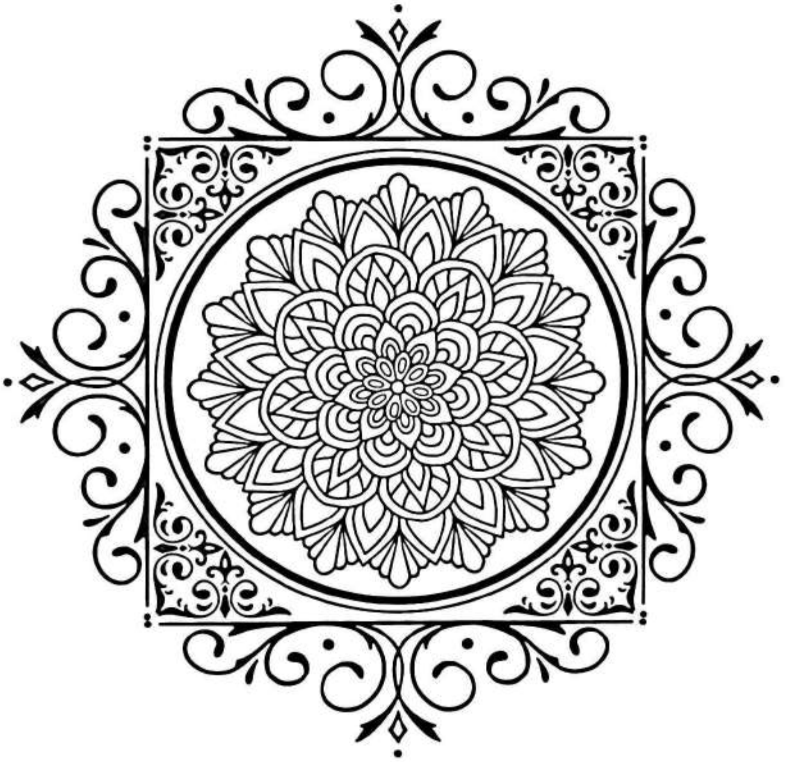
(١) في «س»: (الدَّين).

رَضِيَ بالجَمعِ بينَهُما رَهْنًا، ولا يَصيرُ الثاني رَهْنًا إلا بعدَ انفِساخِ الأولِ ضَرورَةَ عَدَمِ الجَمعِ، وإنَّما تَقَعُ الضَّرورَةُ إذا قَبَضَ الأولَ، فأما إذا لم يَقبِض بَقِيَ الأولُ رَهْنًا دونَ الثاني، حتى لو هَلَكا يكونُ الثاني أمانَةً، والأولُ هَلَكَ بِدَينِهِ.

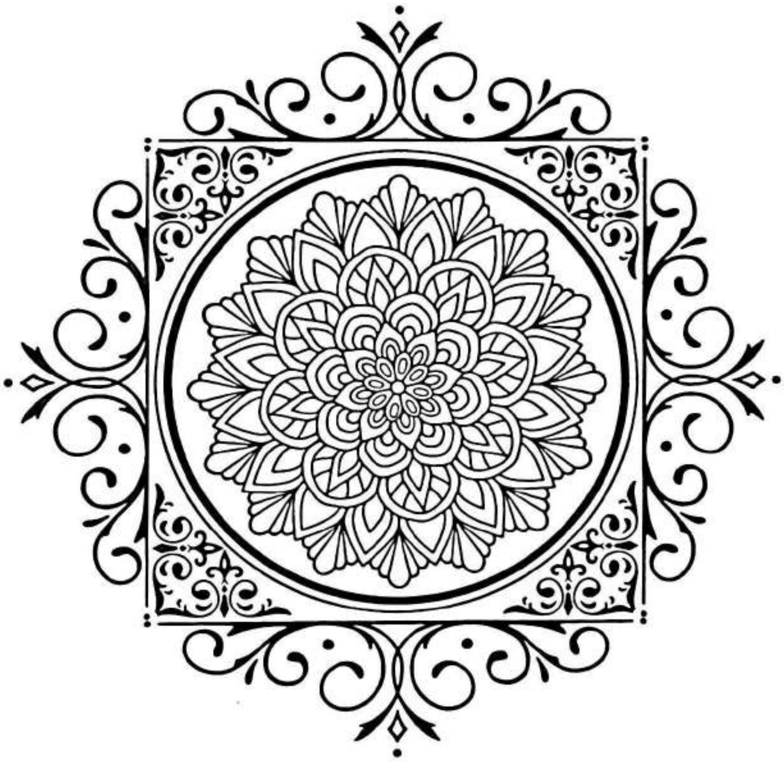
ولو أعتَقَ الرَّاهِنُ العَبدَ المَرهونَ يَنفُذُ عندَنا خِلافًا للشافعيِّ[1]، وهي مَسألَةٌ مَعروفَةٌ، واللهُ أعلَمُ.

❁ ❁ ❁

(١) انظر: الحاوي الكبير (٦/ ٥٥)، نهاية المطلب في دراية المذهب (٦/ ١١٣)، وأسنى المطالب في شرح روض الطالب (٢/ ١٢٣).



كتاب الشفعة



كِتَابُ الشُّفْعَةِ

نَحتاجُ فيهِ إلى:

- بَيانِ ما تَجِبُ بِهِ الشُّفْعَةُ.

- وإلى بَيانِ شَرائِطِ الوُجوبِ.

- وإلى بَيانِ كَيفيَّةِ الوُجوبِ.

- وإلى بَيانِ الأحكامِ المُتَعَلِّقَةِ بِالشُّفْعَةِ.

أما الأوَّلُ فَنَقولُ: سَبَبُ استِحقاقِ الشُّفْعَةِ أحَدُ الأشياءِ الثَّلاثَةِ: الشَّرِكَةُ في البُقعَةِ، والشَّرِكَةُ في الحُقوقِ، والجِوارُ على سَبيلِ المُلاصَقَةِ، وهذا عندَنا.

وعندَ الشَّافعيِّ لا تُستَحَقُّ إلا بِالشَّرِكَةِ في البُقعَةِ[1]، وهيَ مَسألَةٌ مَعروفَةٌ.

ثُمَّ إنَّما تُستَحَقُّ الشُّفْعَةُ بها على التَّرتيبِ، فَالشَّريكُ في البُقعَةِ أوَّلًا، ثُمَّ الشَّريكُ في الحُقوقِ، ثُمَّ الجارُ المُلاصِقُ؛ لأنَّ الشُّفْعَةَ إنَّما تَجِبُ لِدَفعِ ضَرَرِ الدَّخيلِ عَنِ الأصيلِ، والضَّرَرُ على هذا التَّرتيبِ في العُرْفِ، فإنْ سَلَّمَ الشَّريكُ في البُقعَةِ ثَبَتَ لِلشَّريكِ في الحُقوقِ، فإنْ سَلَّمَ ثَبَتَ لِلجارِ المُلاصِقِ، ولا يَثبُتُ لِلجارِ المُقابِلِ؛ لأنَّ ضَرَرَهُ دونَ ضَرَرِ هَؤلاءِ، والشَّرعُ وَرَدَ بِالشُّفْعَةِ في حَقِّ هَؤلاءِ، ولا يُقاسُ علَيهم غَيرُهُم معَ التَّفاوتِ في الضَّرَرِ.

---

(١) انظر: المهذب في فقه الإمام الشافعي للشيرازي (٢/ ٢١٣)، والغاية في اختصار النهاية (٤/ ٢٩٧).

وأما شَرائِطُ الوُجوبِ:

فَمِنها: عَقْدُ مُعاوَضَةِ عَينِ المالِ بِالمالِ، فإنَّها لا تَجِبُ بهذهِ الأسبابِ إلا عندَ عَقْدِ البيعِ، أو ما هوَ في مَعناهُ مِنَ الصُّلحِ والهِبَةِ بِشَرْطِ العِوَضِ إذا وُجِدَ قَبْضُ البَدَلَينِ، فأما إذا قَبَضَ أحَدُهُما دونَ الآخَرِ فَلا شُفْعَةَ، وهذا عندَنا، خِلافًا لِزُفَرَ أنَّها تَجِبُ بِنَفسِ العَقْدِ.

وهذا فَرْعُ مَسألَةٍ بَينَهُم أنَّ الهِبَةَ بِشَرْطِ العِوَضِ عَقْدُهُ[1] عَقْدُ هِبَةٍ، وجَوازُهُ جَوازُ البيعِ، فَما لم يتَقابَضا لا يَكونُ في مَعنى البيعِ، وعندَهُ عَقْدُهُ عَقْدُ بَيعٍ، وهيَ مَسألَةُ كِتابِ الهِبَةِ.

ولو وَهَبَ ثُمَّ عَوَّضَ بعدَ العَقْدِ فَلا تَجِبُ الشُّفْعَةُ فيهِ، وَلا فيما هوَ عِوَضٌ عنهُ بِأنْ جَعَلَ العِوَضَ دارًا؛ لأنَّ هذا ليسَ في مَعنى البيعِ؛ لأنَّه ليسَ بِمَشروطٍ في العَقْدِ.

ولهذا لا يَجِبُ في المَملوكِ بِمُقابَلَةِ المَنافِعِ، بِأنْ جَعَلَ الدَّارَ مَهْرًا أو أُجْرَةً.

ولِهذا لا يَجِبُ في الدَّارِ المَملوكَةِ بِغَيرِ بَدَلٍ، كَالهِبَةِ والصَّدَقَةِ والوَصِيَّةِ، أو بِبَدَلٍ ليسَ بِمالٍ، كَبَدَلِ الخُلْعِ والصُّلحِ عنْ دَمِ العَمْدِ.

ولِهذا قالَ أبو حنيفةَ: إنَّ مَنْ تَزَوَّجَ امرأةً على دارٍ على أنْ تَرُدَّ عليه ألفًا فَلا شُفْعَةَ في شَيءٍ مِنَ الدَّارِ.

وقالَ أبو يوسفَ ومحمَّدٌ: تَجِبُ الشُّفْعَةُ.

واستِحقاقُ الشُّفْعَةِ في البيعِ بِشَرْطِ الخِيارِ قد ذَكَرْنا في البُيوعِ، وفي البيعِ الفاسِدِ إذا مَلَكَ عندَ القَبْضِ لا يَستَحِقُّ الشُّفْعَةَ ما لمْ يَبْطُلْ حَقُّ الفَسْخِ، إما لِاتِّصالِ المَبيعِ بزيادةٍ، أو بِزَوالِ مِلكِ المُشتَري؛ لأنَّ حَقَّ الفَسْخِ يَثبُتُ لِحَقِّ الشَّرْعِ، وإذا أخَذَ الشَّفيعُ المُشتَرى شِراءً فاسِدًا بِالشُّفْعَةِ يأخُذُ بِقيمَتِهِ يومَ قَبَضَ؛ لأنَّ القيمَةَ فيهِ بِمَنزِلَةِ الثَّمَنِ في الصَّحيحِ.

---

(١) في «أ»: (عنده).

ومنها: أنْ يَكونَ المَبيعُ عَقارًا أو في مَعناهُ.

وقالَ مالِكٌ: يَثبُتُ في المَنقولِ الذي نَظيرُهُ، وهوَ السُّفُنُ[1]، ولهذا قالَ: إذا بيعَتِ الضَّيعَةُ بِبقَرِها ومَماليكَ يَعمَلونَ فيها تَجِبُ الشُّفْعَةُ في الكُلِّ، وعندَنا لا[2] يُستَحَقُّ ما ليسَ بِعَقارٍ مِنَ البقَرِ والعَبيدِ، وأصلُهُ ما رُويَ عنِ النبيِّ ﷺ أنَّه قالَ: «لا شُفْعَةَ إلَّا في رَبْعٍ[3] أَوْ حَائِطٍ»[4].

ويَستوي الجَوابُ عندَنا في العَقارِ الذي تَجوزُ قِسمَتُهُ وما لا تَجوزُ قِسمَتُهُ، كالحَمَّامِ والرَّحى والبِئرِ والنَهرِ والدُّورِ الصِّغارِ، وعندَ الشَّافعيِّ لا يَجِبُ فيما لا يُقسَمُ[5].

وإذا بيعَ سُفْلُ عَقارٍ دونَ عُلوِهِ أو عُلوُهُ دونَ سُفْلِهِ تَجِبُ الشُّفْعَةُ، أما في بيعِ السُّفْلِ لا يُشكِلُ؛ لأنَّه عَقارٌ، وأما في بَيعِ العُلوِ وَحدَهُ قياسٌ واستِحسانٌ؛ لأنَّه ليسَ بِعَقارٍ، لكنْ في مَعناهُ؛ لأنَّ حَقَّ التَّعَلِّي يَتَعَلَّقُ بِالبُقعَةِ على التَّأبيدِ، فَهوَ بِمَنزِلَةِ البُقعَةِ.

وأما بَيانُ كَيفيَّةِ الوُجوبِ فنَقولُ:

---

(١) انظر: روضة المستبين في شرح كتاب التلقين (٢/ ١١٨٧)، والتوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب (٦/ ٥٩٦).

(٢) سقط من «س»: (لا).

(٣) الرَّبْع: الدار، والحائط: البستان، انظر «مختار الصحاح» (ربع)، و«لسان العرب» (حوط).

(٤) أخرجه البزار وقال: «ولا نَعلمُ أحدًا يرويه بهذا اللَّفظ إلا جابر»، كذا عزاه الزيلعيُّ في «نصب الراية»، وقال ابن حجر: «إسناده جيد»، انظر: «نصب الراية» (٤/ ١٧٨)، «التلخيص الحبير» (٣/ ١٢٤).

وأخرج نحوه مسلم (١٦٠٨) من حديث جابر رضي الله عنه، قال رسول الله ﷺ: «الشُّفعة في كلِّ شِرْك، في أرضٍ، أو رَبْع، أو حائط....».

(٥) انظر: الحاوي الكبير (٧/ ٢٧١)، و المهذب في فقه الإمام الشافعي للشيرازي (٢/ ٢١٣)، و الغاية في اختصار النهاية (٤/ ٢٩٧).

إنَّ حَقَّ الشُّفْعَةِ يَجِبُ على طَرِيقِ الفَورِ عندَنا، نَظَرًا مِنَ الجانِبَينِ، وعندَ الشَّافعيِّ يَجِبُ وُجوبًا مُؤَبَّدًا(١).

واختَلَفَتِ الرِّوايَةُ في تَفسيرِ الفَورِ: في بعضِها: أنَّه إذا عَلِمَ بالبَيعِ يَنبغي أنْ يَطلُبَ الشُّفْعَةَ ساعتَئِذٍ، فإذا سَكَتَ ولم يَطلُبِ الشُّفْعَةَ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ.

وفي بَعضِها أنَّه على المَجلِسِ، فإنَّ محمَّدًا ذَكَرَ في «الأصل» إذا بَلَغَ الشَّفيعَ البَيعُ إنْ لَمْ يَطلُبِ الشُّفْعَةَ مَكانَهُ بَطَلَتْ(٢) شُفْعَتُهُ، وذَكَرَ الكَرْخيُّ أنَّ هذا ليسَ بِاختِلافِ الرِّوايَةِ، وإنَّما هوَ على المَجلِسِ كَخيارِ المُخَيَّرَةِ والقَبولِ.

ثُمَّ الطَّلَبُ نَوعانِ:

أحدُهُما: طَلَبُ مُواثَبَةٍ، وهوَ ما ذكَرْنا، فَكَما عَلِمَ بِبَيعِ الدَّارِ يَطْلُبُ شُفْعَتَهُ، فيَقولُ: «طَلَبْتُ الشُّفْعَةَ، وأنا طالِبُها»، أو قالَ: «ادَّعَيتُ الشُّفْعَةَ وأنا على شُفْعَتي»، ويُشهِدُ على ذلكَ حتّى يَتَأَكَّدَ الوُجوبُ بالطَّلَبِ على الفَورِ، ويُعلِمَ أنَّه ليسَ بِمُعرِضٍ حتى تَحصُلَ المُطالَبَةُ مِنَ الخَصْمِ بعدَ ذلكَ، مِنْ غَيرِ اشتِغالٍ بِشَيءٍ معَ القُدرَةِ على المُطالَبَةِ.

وليسَ الإشهادُ بِشَرْطٍ لِصِحَّةِ الطَّلَبِ، ولكنْ لِلتَّوثيقِ، حتى إذا أنكَرَ المُشتَري طَلَبَ الشُّفْعَةِ حينَ عَلِمَ فيَقولُ: «لمْ تَطْلُبْ حينَ عَلِمْتَ، بل تَرَكْتَ الطَّلَبَ وَقُمتَ عنِ المَجلِسِ»، والشَّفيعُ يَقولُ: «طَلَبْتُ»، فَالقَولُ قَولُ المُشتَري، فَلا بُدَّ مِنَ الإشهادِ وَقتَ الطَّلَبِ؛ تَوثيقًا لِحَقِّهِ.

ولو لم يَكُنِ الشُّهودُ حاضِرينَ فَبَعَثَ في طَلَبِهم وَمَكَثَ في المَجلِسِ لا تَبطُلُ شُفْعَتُهُ كما في خِيارِ المُخَيَّرَةِ، وعنْ أبي بَكرِ الرَّازيِّ أنَّه قالَ: إذا طَلَبَ الشُّفْعَةَ ثُمَّ قامَ عنِ

(١) انظر: المهذب في فقه الإمام الشافعي للشيرازي (٢/ ٢١٧)، والتهذيب في فقه الإمام الشافعي (٤/ ٣٤٦-٣٤٧)، و البيان في مذهب الإمام الشافعي (٧/ ١٣١-١٣٢).

(٢) في «ز»: (يطلب).

المَجلِسِ إلى الشُّهودِ وأشهَدَهُم على ذلكَ جازَ؛ لأنَّ الطَّلَبَ يُحتاجُ إليهِ؛ لِثُبوتِ الشُّفْعَةِ فيما بينَهُ وبينَ اللهِ تعالى، والشُّهودُ يَحتاجُ إليها لِلتَّوثيقِ الذي ذكَرْنا.

والطَّلَبُ الثَّاني: المُطالَبَةُ مِنَ الخَصْمِ؛ لأنَّ المُطالَبَةَ لا بُدَّ لَها مِنْ مُطالِبٍ ومَطلوبٍ، فإنْ كانَ المَبيعُ لم يُقبَضْ بَعدُ، فَالشَّفيعُ بِالخِيارِ بينَ مُطالَبَةِ البائِعِ أو المُشتَرِي، أو الطَّلَبِ عندَ المَبيعِ، والإشهادِ علَيه؛ لأنَّ المُشتَرِيَ مالِكٌ، والبائِعُ صاحِبُ يَدٍ، فيَصِحُّ مِنَ الشَّفيعِ المُخاصَمَةُ مَعَهُما لِنَقلِ المِلكِ واليَدِ، فأما المَبيعُ فتَتَعَلَّقُ الشُّفْعَةُ بِهِ، فيَقومُ الطَّلَبُ عندَ مَقامِ الطَّلَبِ مِنهُما بِاعتِبارِ الحاجَةِ.

فأما إذا كانَ المَبيعُ في يَدِ المُشتَرِي لَمْ يَصِحَّ الإشهادُ على البائِعِ؛ لأنَّه خَرَجَ مِنْ أنْ يَكونَ خَصمًا؛ لِزَوالِ يَدِهِ ومِلكِهِ، ولكنْ لهُ الخِيارُ في الإشهادِ على المُشتَرِي أو عندَ العَقارِ.

ثُمَّ ما ذكَرْنا مِنَ الاختيارِ[1] إذا كانَ الشَّفيعُ حاضِرًا عندَ وُقوعِ البَيعِ بِحَضرَةِ الدَّارِ والبائِعِ والمُشتَرِي، فأما إذا عَقَدَ البَيعَ في غَيرِ المَوضِعِ الذي فيه الدَّارُ والشَّفيعُ حاضِرٌ فَلَمْ يُطالِبهُما بِالشُّفْعَةِ وحَضَرَ مَوضِعَ الدَّارِ وأشْهَدَ ثَمَّ، بَطَلَتِ الشُّفْعَةُ حَيثُ تَرَكَ المُطالَبَةَ معَ القُدْرَةِ علَيه.

وإنْ كانَ الشَّفيعُ غائِبًا عنْ مَجلِسِ البَيعِ، فَعَلِمَ فَحَضَرَ مَوضِعَ الدَّارِ ولمْ يَطلُبِ الشُّفْعَةَ وذَهَبَ حتّى يَجِدَ البائِعَ أو المُشتَرِيَ تَبطُلُ شُفْعَتُهُ؛ لأنَّه تَرَكَ الطَّلَبَ معَ القُدرَةِ علَيه.

فأما إذا بيعَتِ الدَّارُ في المِصْرِ الذي هوَ فيهِ، والشَّفيعُ في مِصْرٍ آخَرَ، فَعَلِمَ بِذلكَ، فالجَوابُ في حَقِّهِ والجَوابُ في حَقِّ الحاضِرِ سَواءٌ، في أنَّه يَطلُبُ على الفَورِ ويُشهِدُ، ثُمَّ يَشتَغِلُ بِالطَّلَبِ مِنَ البائِعِ أو المُشتَرِي، أو الإشهادِ عندَ الدَّارِ، إلا أنَّ لهُ الأَجَلَ بِمقدارِ

(١) في «أ»: (الخيار).

المَسافَةِ التي بَينَهُ وبَينَ المِصْرِ الذي وَقَعَ فيهِ البَيعُ مِنَ المُتَعاقِدَينِ، حتى يَذهَبَ إليهِ بِنَفسِهِ فيَطلُبَ الشُّفْعَةَ، أو يَبعَثَ وَكيلًا ليَطلُبَ الشُّفْعَةَ والإشهادَ علَيه، وذلكَ الأَجَلُ مِن وَقتِ العِلمِ بالبَيعِ وطَلَبِ المُواثَبَةِ، فإذا مَضى الأَجَلُ ولَمْ يَذْهَبْ بِنَفسِهِ ولا بَعَثَ وَكيلًا لِمُطالَبَةِ الشُّفْعَةِ تَبطُلُ شُفْعَتُهُ.

وإذا وُجِدَ كِلا الطَّلَبَينِ وَصَحَّ الإشهادُ على الوَجهِ الذي ذكَرْنا، فَبَعدَ ذلكَ لهُ أنْ يَشتَغِلَ بِالمُرافَعَةِ إلى بابِ القاضي، والخُصومَةِ لِأَخْذِ الدَّارِ بِالشُّفْعَةِ.

فإنْ كانَ المَبيعُ في يَدِ البائِعِ فالقاضي يُحضِرُ البائِعَ والمُشتَرِيَ جَميعًا ولا يَقضي لهُ بِالشُّفْعَةِ حتى يَحضُرا؛ لِكَونِهِما خَصمَينِ، أحَدُهُما بيَدِهِ والآخَرُ بِمِلكِهِ؛ لأنَّ القَضاءَ لا يَجوزُ بِدونِ حَضرَةِ الخَصْمِ.

وإنْ كانَ المَبيعُ في يَدِ المُشتَرِي فالقاضي يُحضِرُهُ لا غَير، ويقضي علَيه بِأنَّ البائِعَ خَرَجَ مِنْ أنْ يَكونَ خَصمًا لِزَوالِ يَدِهِ، فإذا قَضى القاضي بِالشُّفْعَةِ والدَّارُ في يَدِ البائِعِ انتَقَضَ البيعُ الذي بينَه وبينَ المُشتَرِي، ويَنعَقِدُ البيعُ بينَهُما في المَشهورِ مِنَ الرِّوايَةِ، وتَنتَقِلُ الصَّفقَةُ إليهِ.

ورُوِيَ عنْ أبي يوسفَ أنَّ البيعَ لا يَنتَقِضُ، فَعَلى الرِّوايَةِ المَشهورَةِ يُسَلِّمُ الشَّفيعُ الثَّمَنَ إلى البائِعِ، وتَكونُ عُهْدَةُ الشَّفيعِ على البائِعِ، وهيَ الرُّجوعُ بِالثَّمَنِ عندَ الاستِحقاقِ، ويَرجِعُ المُشتَرِي على البائِعِ بِالثَّمَنِ إنْ نَقَدَهُ.

ثُمَّ الشَّفيعُ يأخُذُ الدَّارَ بِالثَّمَنِ الذي وَقَعَ عليهِ البيعُ مِنَ الدَّراهِمِ والدَّنانيرِ والمَكيلِ والمَوزونِ في الذِّمَّةِ؛ لأنَّ تلكَ الصَّفْقَةَ انتَقَلَتْ إلَيهِ، وإنْ كانَ الثَّمَنُ مِنَ العُروضِ فيَأخُذُ بِقيمَتِهِ.

ثُمَّ القاضي يَقضي بِالشُّفْعَةِ سَواءٌ أحضَرَ الشَّفيعُ الثَّمَنَ أو لا في المَشهورِ مِنَ

الرِّوايَةِ عن أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ، ويأمُرُ الشَّفيعَ بِتَسليمِ الثَّمَنِ إليه لِلحالِ، فإنْ لمْ يُسَلِّمْ يَحبِسْهُ، ولا يَنتَقِضُ الأخْذُ بِالشُّفْعَةِ؛ لأنَّهُ بِمَنزِلَةِ الشِّراءِ.

فإنْ طَلَبَ مِنهُ حتّى يَذهَبَ ويُحضِرَ الثَّمَنَ فالقاضي لا يَحبِسُهُ؛ لأنَّ هذا لمْ يُوجَدْ منهُ المَطْلُ، وإنْ طَلَبَ الأجَلَ يومًا أو يَومَينِ فالقاضي يُؤَجِّلُهُ إنْ رَضِيَ الخَصْمُ وإلا فيَحبِسُهُ.

وقالَ محمَّدٌ: لا يَنبغي لِلقاضي أنْ يَقضِيَ بِالشُّفْعَةِ حتّى يُحضِرَ الثَّمَنَ، فإذا أحضَرَهُ يَقضي بِالشُّفْعَةِ، ويأمُرُ الشَّفيعَ بِتَسليمِ الثَّمَنِ إلى المُشتَري، فإنْ قَضى لَهُ بِالشُّفْعَةِ قبلَ إحضارِ الثَّمَنِ وأمَرَ الشَّفيعَ بِدَفعِ الثَّمَنِ إلَيهِ مِنْ ساعَتِهِ فقالَ: «لا أنقُدُهُ إلى يَومٍ» أو «يَومَينِ» أو «إلى شَهْرٍ»، وأَبَى المُشتَري أنْ يَقبَلَ ذلكَ لا يُفسَخُ قَضاؤُهُ ولا يُنقَضُ الأخْذُ بِالشُّفْعَةِ، ولكنْ يَحبِسُهُ، والاحتياطُ مِنَ القاضي ألَّا يَقضِيَ بِالشُّفْعَةِ ما لَمْ يُؤَجِّلْ لِلشَّفيعِ أجَلًا، ويقولُ لَهُ: «إنْ لمْ تَأتِ بِالثَّمَنِ إلى هذا الأجَلِ فَلا شُفْعَةَ لَكَ»، حتى إذا امتَنَعَ وَفَرَّطَ في الأداءِ تَبطُلُ شُفعَتُهُ، فأما بِدونِ ذلكَ إذا قَضى بِالشُّفْعَةِ لا تَبطُلُ شُفْعَتُهُ بِالتَّأخيرِ.

ولو أنَّ الشَّفيعَ بعدَ وُجودِ الطَّلَبَينِ والإشهادِ إذا أَخَّرَ المُرافَعَةَ إلى بابِ القاضي ولمْ يُخاصِمْ، هلْ تَبطُلُ شُفْعَتُهُ؟

فقدِ اختلَفَتِ الرِّواياتُ عَنْ أصحابِنا:

ـ والحاصِلُ أنَّ عندَ أبي حنيفةَ لمْ تَسقُطِ الشُّفْعَةُ بِالتَّأخيرِ بعدَ الإشهادَينِ إلا أنْ يُسقِطَها بِلِسانِهِ فيقولُ: «تَرَكْتُ الشُّفْعَةَ»، وهي إحدى الرِّوايتَينِ عَن أبي يوسفَ(١).

---

(١) هذا هو ظاهر المذهب وبه يفتى، وقيل: يفتى بقول محمد إن أخره شهرًا بلا عذر بطلت شفعته، انظر «حاشية ابن عابدين» (٦/ ٢٢٦).

- وفي رِوايَةٍ أُخرى عنهُ: إذا تَرَكَ المُخاصَمَةَ إلى القاضي في زمانٍ يَقْدِرُ على المُخاصَمَةِ فيهِ بَطَلَتْ(١) شُفْعَتُهُ، ولَمْ يُوَقِّتْ.

-وقالَ محمَّدٌ وزُفَرُ: إذا أَخَّرَ المُطالَبَةَ بعدَ الإشهادِ شَهرًا مِنْ غَيرِ عُذرٍ بَطَلَتْ(٢) شُفْعَتُهُ، وعنِ الحَسَنِ أنَّه قالَ: وهذا قياسُ قَولِ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ وزُفَرَ، وبِهِ نَأخُذُ.

وذَكَرَ الكَرْخيُّ أَنَّهُ إذا حالَ بينَ الشَّفيعِ وبينَ الإشهادِ عندَ الدَّارِ، أو على البائِعِ أو المُشتَري حائِلٌ لا يَستَطيعُ الشَّفيعُ أنْ يَصِلَ إلى ذلكَ مَعَهُ، ولا أنْ يَبعَثَ وَكيلًا، فهوَ على شُفْعَتِهِ إلى أنْ يَزولَ الحائِلُ المانِعُ لَهُ، ثُمَّ يَعودُ الأمرُ بينَهُم على ما ذكَرْنا؛ لأنَّ تَرْكَ المُطالَبَةِ معَ المانِعِ لا يَدُلُّ على الإعراضِ، ولِهذا قالوا: إنَّ حَقَّ الشُّفْعَةِ يَجِبُ عندَ البيعِ، ويَتَأَكَّدُ بِالطَّلَبِ، ويَثبُتُ المِلكُ بِهِ بِقضاءِ القاضي أو بِالتَّراضي مِنَ الخَصمَينِ.

وأما الأحكامُ فَكَثيرةٌ نَذكُرُ بَعضَ المَشهورِ منها، فَمِنْ ذلكَ:

-بَيانُ ما تَبطُلُ بِهِ الشُّفْعَةُ، وما لا تَبطُلُ مِمَّا يَحدُثُ مِنَ الشَّفيعِ.

بَيانُ ذلكَ: إذا اشتَرى لِرَجُلٍ دارًا لها شَفيعٌ، فَساوَمَ الشَّفيعُ المُشتَرِيَ في الدَّارِ لِنَفسِهِ أو لِغَيرِهِ، أو سَأَلَهُ أنْ يُوَلِّيَهُ إيَّاها، أو يُشرِكَهُ فيها، أو يُؤاجِرَها مِنهُ، أو كانَتْ أرضًا فَطَلَبَ مِنهُ المُزارَعَةَ، أو نَخلًا وكَرْمًا فَطَلَبَ مِنهُ المُعامَلَةَ، وذلكَ كُلُّهُ بعدَما عَلِمَ بِالشِّراءِ، فَذلكَ كُلُّهُ تَسليمٌ لِلشُّفْعَةِ؛ لأنَّ هذا دَلالَةُ الإعراضِ عَنْ طَلَبِ الشُّفْعَةِ؛ لأنَّ حُكْمَها يُنافي حُكْمَ أَخْذِ الدَّارِ بِالشُّفْعَةِ.

ولو باعَ الشَّفيعُ دارَهُ التي يَشفَعُ بِها بعدَ شِراءِ المُشتَري تَبطُلُ شُفْعَتُهُ، سَواءٌ

---

(١) في «س»: (يطلب).

(٢) في «س»: (يطلب).

عَلِمَ بِالشِّراءِ أو لَمْ يَعلَمْ؛ لأنَّه بَطَلَ الجِوارُ الذي هوَ سَبَبُ الاستِحقاقِ قبلَ أَخْذِ الدَّارِ بِالشُّفْعَةِ.

ولو سَلَّمَ الشُّفْعَةَ قبلَ البيعِ لا يَكونُ تَسليمًا؛ لأنَّ الشُّفْعَةَ لَمْ تَثبُتْ بَعدُ، فَلا يَصِحُّ إبطالُهُ.

ولو سَلَّمَ بعدَ الشِّراءِ تبطُلُ الشُّفْعَةُ سَواءٌ عَلِمَ أو لَمْ يَعلَمْ بِخِلافِ المُساوَمَةِ والاستِئجارِ.

ولو أُخبِرَ الشَّفيعُ أنَّ الشِّراءَ بِألفِ دِرهَمٍ فَسَلَّمَ الشُّفْعَةَ، ثُمَّ ظَهَرَ أنَّ الثَّمَنَ أكثَرُ أو أقَلُّ أو على خِلافِ جِنْسِهِ، فَالأصْلُ في هذهِ المَسائِلِ أنَّهُ إذا لَمْ يَحصُلْ غَرَضُ الشَّفيعِ على الوَجهِ الذي سَلَّمَ لَمْ يَصِحَّ التَّسليمُ، وإنْ حَصَلَ صَحَّ إذا ظَهَرَ أنَّ الثَّمَنَ أكثَرُ مِمَّا أُخبِرَ بِهِ لَمْ يَبطُلِ التَّسليمُ؛ لأنَّ الشَّفيعَ إذا لَمْ يَصلُحْ[1] لَهُ الشِّراءُ بِالألفِ، فَأولى ألَّا يَصلُحَ[2] بِأكثَرَ مِنهُ، فَلا يَفوتُ غَرَضُهُ بِما ظَهَرَ بِخِلافِ ما أُخبِرَ، ولو ظَهَرَ أنَّ الثَّمَنَ أقَلُّ لا تَبطُلُ الشُّفْعَةُ؛ لأنَّ التَّسليمَ يَكونُ لِكَثرَةِ الثَّمَنِ عندَهُ، وأنَّها لا تُساوَى بِها وتَصلُحُ لَهُ الدَّارُ بِالأقَلِّ.

ولو أُخبِرَ أنَّ الثَّمَنَ ألفُ دِرهَمٍ، فإذا هوَ مِئَةُ دينارٍ، فإنْ كانَتْ قيمَتُها ألفًا أو أكثَرَ صَحَّ التَّسليمُ، وإنْ كانَ أقَلَّ فَلَهُ الشُّفْعَةُ عندَنا، خِلافًا لِزُفَرَ لِما قُلنا.

ولو أُخبِرَ أنَّ الثَّمَنَ ألفُ دِرهَمٍ أو مِئَةُ دينارٍ، ثُمَّ ظَهَرَ أنَّها بيعَتْ بِمَكيلٍ أو مَوزونٍ قيمَتُهُ مِثلُ ذلكَ أو أقَلُّ، فَتَسليمُهُ باطِلٌ؛ لأنَّهُ يَجوزُ أنْ يَكونَ سَلَّمَ؛ لأنَّهُ لا يَقدِرُ على ذلكَ الجِنْسِ الذي أُخبِرَ بِهِ، وهوَ يَقدِرُ على الجِنْسِ الذي بيعَتْ بِهِ.

---

(١) في «أ»: (يحصل).

(٢) في «أ»: (يحصل).

وكَذا إذا أُخبِرَ أنَّها بيعَتْ بِالحِنطَةِ، ثُمَّ ظَهَرَ أنَّها بيعَتْ بِشَعيرٍ قيمَتُهُ مِثْلُ الحِنطَةِ أو أقَلَّ، فَلَهُ الشُّفْعَةُ لِما ذَكَرْنا.

ولو أُخبِرَ أنَّ الثَّمَنَ دَراهِمُ أو دَنانيرُ ثُمَّ ظَهَرَ أنَّ الثَّمَنَ عَرَضٌ مِنَ العُروضِ التي تَجِبُ الشُّفْعَةُ بِقيمَتِهِ، فإنْ كانَ مِثْلَهُ أو أكثَرَ فَالتَّسليمُ صَحيحٌ، وإنْ كانَ أقَلَّ لا يَصِحُّ؛ لأنَّ القيمَةَ دَراهِمُ أو دَنانيرُ.

ولو أُخبِرَ أنَّها بيعَتْ بِعَرَضٍ ثُمَّ ظَهَرَ أنَّها بيعَتْ بِجِنْسٍ آخَرَ مِنَ العُروضِ، فهوَ على شُفْعَتِهِ لِما ذَكَرْنا.

ولو بَلَغَهُ أنَّها بيعَتْ نِصفُها فَسَلَّمَ، ثُمَّ ظَهَرَ أنَّهُ بيع الكُلُّ فَلَهُ الشُّفْعَةُ، وإنْ كانَ على عَكسِ هَذا فَلا شُفْعَةَ؛ لأنَّ الإنسانَ رُبَّما لا يَرضى معَ الشَّريكِ، فَكانَ التَّسليمُ بِناءً علَيهِ، ويَرضى بِالدَّارِ كُلِّهِ، وفي رِوايَةٍ: الجَوابُ على ضِدِّ ما ذَكَرْنا.

ولو أُخبِرَ أنَّ المُشتَرِيَ زَيدٌ فَسَلَّمَ ثُمَّ ظَهَرَ أنَّه عَمرٌو فَلَهُ الشُّفْعَةُ، وإنْ كانا قَدِ اشتَرياها جَميعًا أَخَذَ نَصيبَ الذي لمْ يُسَلِّمِ الشُّفْعَةَ فيهِ؛ لأنَّ الإنسانَ قَدْ يَرضى بِشَرِكَةِ واحِدٍ، وَلا يَرضى بِشَرِكَةِ غَيرِهِ.

ولوِ اشتَرى الرَّجُلُ دارًا صَفْقَةً واحِدَةً، فَأرادَ الشَّفيعُ أنْ يَأخُذَ بَعضَها دونَ بَعضٍ، أو يَأخُذَ ما يَليهِ مِنَ الدَّارِ ليسَ لَهُ ذلكَ، وإنَّما لَهُ أنْ يَأخُذَ الكُلَّ أو يَدَعَ؛ لأنَّ فيهِ تَفريقَ الصَّفْقَةِ على المُشتَري.

ولوِ اشتَرى دارَينِ صَفْقَةً واحِدَةً فَأرادَ شَفيعُهُما أنْ يَأخُذَ إحداهُما وَيَترُكَ الأُخرى فَليسَ لَهُ ذلكَ، سَواءٌ كانَتِ الدَّارانِ مُتَلاصِقَتَينِ أو لا، وسَواءٌ كانتا في مِصْرٍ واحِدٍ أو في مِصْرَينِ؛ لأنَّ فيهِ تَفريقَ الصَّفْقَةِ على المُشتَري.

وقالَ زُفَرُ: لَهُ الخِيارُ بينَ أنْ يَأخُذَهُما أو إحداهُما.

ولو كانَ الشَّفيعُ شَفيعًا لإحداهُما دونَ الأُخرى وَقَدْ وَقَعَ البيعُ صَفْقَةً واحِدَةً:

- على قَولِ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ: لَهُ أنْ يَأخُذَهُما، وليسَ لَهُ أنْ يَأخُذَ التي تُجاوِرُهُ بِالحِصَّةِ.

- وقالَ محمَّدٌ: يَأخُذُ التي تَليهِ بِالشُّفْعَةِ، وَلا شُفْعَةَ لَهُ في الأُخرى لِما ذَكَرْنا[1].

فَلَو أنَّ الشَّفيعَ إذا وَجَدَ الدَّارَ المَبيعَةَ مَنقوضَةً[2] بعدَ الشِّراءِ أو مَهدومَةً فإنَّهُ يُنظَرُ:

- إنْ كانَ بِفِعلِ المُشتَري أو الأجنَبيِّ فَهوَ بِالخِيارِ، إنْ شاءَ أَخَذَ العَرْصَةَ بِالحِصَّةِ، وإنْ شاءَ تَرَكَ.

- فإنِ انتَقَضَتْ[3] أو انهَدَمَتْ بِنَفسِها فَلَهُ الخِيارُ، إنْ شاءَ أَخَذَها بِجَميعِ الثَّمَنِ، وإنْ شاءَ تَرَكَ؛ لأنَّ أَخْذَ الدَّارِ بِالشُّفْعَةِ بِمَنزِلَةِ الشِّراءِ، فَيَثبُتُ المِلكُ بِالشُّفْعَةِ في العَرْصَةِ والبِناءِ جَميعًا؛ لِكَونِهِ تَبَعًا لَها، والأتباعُ لا حِصَّةَ لَها مِنَ الثَّمَنِ إذا فاتَتْ لا بِصُنعِ أَحَدٍ، فأما إذا فاتَتْ بِصُنعِ المُشتَري أو الأجنَبيِّ فَصارَ مَقصودًا بِالإتلافِ وَالقَبْضِ، فَيَصيرُ لها حِصَّةٌ مِنَ الثَّمَنِ، وقَدْ تَغَيَّرَ المَبيعُ فكانَ لَهُ الخِيارُ على الوَجهِ الذي ذَكَرْنا.

وإنْ كانَ المُشتَرى كَرْمًا وفيهِ أَشجارٌ وَثِمارٌ، فَقَطَعَ المُشتَري شَجَرَها أو جَذَّ ثَمَرَها، أَخَذَ بِحِصَّةِ الكَرْمِ، ويَحُطُّ قيمَةَ ما أَخَذَ مِنهُ، وإنْ ذَهَبَتْ بِآفَةٍ سَماوِيَّةٍ أَخَذَها بِجَميعِ الثَّمَنِ أو تَرَكَ لِما قُلنا.

فإنْ لَمْ يَكُنْ في وَقتِ الشِّراءِ فيهِ ثَمَرٌ ثُمَّ أثمَرَتْ فَجَذَّها المُشتَري، فإنَّ الشَّفيعَ

---

(١) رجَّح في «حاشية ابن عابدين» (٦/ ٢٥٣) نقلا عن «الوهبانية» القول بأن له أخذ ما يجاوره فقط، وقال: «هو قولهما وقول الإمام آخرًا، وعليه الفتوى».

(٢) في «س»: (منقوصة).

(٣) في «أ»: (انتقصت).

يَأخُذُها بِجَميعِ الثَّمَنِ إنْ شاءَ أو يَترُكُ، وَلا يَدفَعُ لَهُ حِصَّةَ الثَّمَرِ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ في أَصْلِ البيعِ، فإنْ كانَ الثَّمَرُ في أَصْلِ البيعِ فهوَ كَما ذَكَرْنا مِنَ البِناءِ والنَّخْلِ.

وإنْ كانَ المُشتَرى أرضًا فيها زَرعٌ معَ الزَّرعِ، يَأخُذُها الشَّفيعُ بِزَرعِها بَقْلًا كانَ أو مُستَحصَدًا؛ لأَنَّهُ تَبَعُ الأرْضِ، فإنْ حَصَدَ المُشتَري الزَّرعَ ثُمَّ جاءَ الشَّفيعُ فإنِّي[1] أَقسِمُ الثَّمَنَ على قيمَةِ الأرضِ وعلى قيمَةِ الزَّرعِ وهوَ بَقْلٌ يَومَ وَقَعَ علَيه العَقْدُ، فَيأخُذُ الشَّفيعُ الأرضَ بِما أصابَها مِنَ الثَّمَنِ، ولا يُقسَمُ الثَّمَنُ على قيمَةِ الزَّرعِ وهوَ مُستَحصَدٌ، هَذهِ رِوايَةٌ عنْ أبي يوسفَ.

ورُويَ عَنْ محمَّدٍ أنَّهُ قالَ: أُقَوِّمُ الأرضَ وفيها الزَّرعُ، وأُقَوِّمُها وَليسَ فيها ذلكَ الزَّرعُ، فَما كانَ بين ذلكَ فَهوَ قيمَةُ الزَّرعِ، ولا أُقَوِّمُ الزَّرعَ وهوَ بَقْلٌ مَحصودٌ.

ولو كانَ لِلدَّارِ شُفَعاءُ بِسَبَبِ الشَّرِكَةِ فَحَضَروا، فهيَ بَينَهُم على عَدَدِ الرُّؤُوسِ عندَنا[2]، وعندَ الشَّافعيِّ على قَدْرِ الأنصِباءِ[3]، وهيَ مَسألَةٌ مَعروفةٌ.

فإنْ سَلَّمَ الشُّرَكاءُ إلا واحِدًا، فَلَهُ أنْ يَأخُذَ الدَّارَ كُلَّها.

وإنْ سَلَّمَ البَعضُ دونَ البَعضِ، فالدَّارُ كُلُّها بينَ مَنْ لَمْ يُسَلِّمْ على قَدْرِ عَدَدِهِم.

فإنْ سَلَّمَ الشُّرَكاءُ كُلُّهُم فَلِلجيرانِ الشُّفْعَةُ على عَدَدِهِم، وعلى هذا إذا بيعَتْ دارٌ في زُقاقٍ غَيرِ نافِذٍ، فَأهلُهُ جَميعًا شُرَكاءُ في الشُّفْعَةِ، وَهُمْ أولى مِنَ الجيرانِ المُتلاصِقينَ

(١) في «ز»: (فإن).

(٢) يعني: لو كانت دارٌ بين ثلاثة ـ للأول النصف وللثاني الثلث وللثالث السدس ـ تقسم على التنصيف إذا باع أحدهم نصيبه؛ لأن علَّة الاستحقاق اتصال الملك لا قَدْره، والترجيح لقوة العلة لا للكثرة، انظر «مجمع الأنهر» (٢/ ٤٧٣).

(٣) انظر: الحاوي الكبير (٧/ ٢٥٥)، و المهذب في فقه الإمام الشافعي للشيرازي (٢/ ٢٢٠)، وبحر المذهب للروياني (٧/ ٢٣).

الذينَ لا طَريقَ لَهُم في الزُّقاقِ؛ لأنَّ الشَّريكَ في الطَّريقِ أولى، فإنْ سَلَّمَ الشُّركاءُ في الطَّريقِ الشُّفْعَةَ فَلِلجيرانِ المُتلاصِقينَ.

ولوِ اختَلَفَ الشَّفيعُ والمُشتَري في الثَّمَنِ، فقالَ المُشتَري: «اشتَرَيتُها بِألفَينِ»، وقالَ الشَّفيعُ: «بِألفٍ»، فالقَولُ قَولُ المُشتَري في الثَّمَنِ معَ يَمينِهِ، وعلى الشَّفيعِ البَيِّنَةُ.

وإنْ أَقامَ الشَّفيعُ بَيِّنَةً يُقضى بِبَيِّنَتِهِ.

وإنْ أقاما جَميعًا البَيِّنَةَ فَالبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الشَّفيعِ عندَ أبي حنيفةَ ومحمَّدٍ، وقالَ أبو يوسفَ: البَيِّنَةُ بَيِّنَةُ المُشتَري، وهيَ تُعرَفُ في الخِلافيَّاتِ.

ولوِ اشتَرى الرَّجُلُ ساحَةً فَبَناها، ثُمَّ جاءَ شَفيعُها وَطَلَبَ الشُّفْعَةَ، فإنَّه يُقضى لَهُ بِالعَرْصَةِ، ويُقالُ لِلمُشتَري: اِقْلَعْ بِناءَكَ وَسَلِّمِ السَّاحَةَ إلى الشَّفيعِ عندَنا.

ورُويَ في رِوايَةٍ عَن أبي يوسفَ أنَّه يُقالُ لِلشَّفيعِ: خُذِ الدَّارَ بِالثَّمَنِ وَبِقيمَةِ البِناءِ أوِ اتْرُكْ، وهوَ قَولُ الشَّافعيِّ(١)، وَهيَ مَسألَةٌ مَعروفَةٌ.

ولو أَخَذَ الشَّفيعُ الدَّارَ بِالشُّفْعَةِ فَبَناها ثُمَّ استُحِقَّتِ الدَّارُ فإنَّ المُستَحِقَّ يَأخُذُ الدَّارَ، ويُقالُ لِلشَّفيعِ: اِهْدِمْ بِناءَكَ، ولا يَرجِعُ على المُشتَري بِقيمَةِ البِناءِ إنْ كانَ أَخَذَ الدَّارَ مِنْ يَدِهِ، ولا على البائِعِ إنْ كانَ أَخَذَها مِنهُ؛ لأنَّه ليسَ بِمَغرورٍ، ولكنْ(٢) يَرجِعُ على المُشتَري بِالثَّمَنِ؛ لأنَّه لَمْ يُسَلِّمْ لَهُ المَبيعَ.

ولوِ اشتَرى الرَّجُلُ دارًا بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ فالشَّفيعُ بِالخِيارِ، إنْ شاءَ أَخَذَها بِثَمَنٍ حالٍّ وإنْ شاءَ انتَظَرَ مُضيَّ الأجَلِ، فإذا مَضى أَخَذَها، وَليسَ لَهُ أنْ يَأخُذَ بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ؛ لأنَّ الأَجَلَ إنَّما يَثبُتُ بِالشَّرْطِ وَلَمْ يُوجَدْ بينَ المُشتَري والشَّفيعِ.

---

(١) انظر: مختصر المزني (٨/ ٢١٩)، والحاوي الكبير (٧/ ٢٦٧)

(٢) في «أ»: (وليس).

ولو ماتَ الشَّفيعُ بعدَ طَلَبِ الشُّفْعَةِ والإشهادِ على المُشتَري قبلَ أنْ يُقضى لَهُ بِالشُّفْعَةِ تَبطُلُ الشُّفْعَةُ عندَنا، ولا تَثبُتُ لِلوَرَثَةِ، وعندَ الشَّافعيِّ تَثبُتُ لِلوَرَثَةِ[١]، فَحَقُّ الشُّفْعَةِ لا يُوَرَّثُ عندَنا كالخِيارِ، وعندَهُ يُوَرَّثُ.

ولوِ اشتَرى رَجُلٌ دارًا لَمْ يَرَها فَبيعَتْ بِجَنبِها دارٌ فَأَخَذَها بِالشُّفْعَةِ لَمْ يَبطُلْ خِيارُهُ، ولو كانَ لَهُ فيها خِيارُ الشَّرْطِ يَبطُلُ خِيارُهُ؛ لأنَّه لو قالَ: «أَبطَلْتُ خِياريَ» قبلَ الرُّؤيَةِ لَمْ يَبطُلْ خِيارُ الرُّؤيَةِ، فَلا يَبطُلُ بِدَلالَةِ الإبطالِ، ولو قالَ: «أَبطَلْتُ خِيارَ الشَّرْطِ» يَبطُلُ، فَكذا بِالدَّلالَةِ.

ثُمَّ الحيلَةُ في إبطالِ الشُّفْعَةِ هل هيَ مَكروهَةٌ؟

- رُويَ عن أبي يوسفَ أنَّها لا تُكرَهُ.
- وعندَ محمَّدٍ أنَّهُ قالَ: أَكرَهُ ذلكَ أَشَدَّ الكَراهَةِ[٢].

وعلى هذا الخِلافُ في إسقاطِ الزَّكاةِ قبلَ مُضيِّ الحَولِ[٣]، واللهُ أعلمُ.

❁ ❁ ❁

---

(١) انظر: بحر المذهب للروياني (٧/ ٢٥)، وحلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٥/ ٣١٦)، وكفاية النبيه في شرح التنبيه (١١/ ٨٥).

(٢) هذا الخلاف في الحيلة، لا في إسقاط ثبوث الشفعة قبل وجوبها، ويفتى بقول أبي يوسف في الشفعة، قيده في «السراجية» بما إذا كان الجار غير محتاج إليه، أما بعد ثبوتها فتكره الحيلة لإسقاطها بالاتفاق، انظر «حاشية ابن عابدين» (٦/ ٢٤٦).

(٣) الفتوى على قول محمد؛ لأن الزكاة لنفع الفقراء وفي الحيلة إضرار بهم، انظر «مجمع الأنهر» (١/١٩٦).

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة